Heinz Nordhaus

Die Rückerstattung von Bewährungsleistungen nach Freispruch im Wiederaufnahmeverfahren

1967
1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0027

Die Rückerstattung von Bewährungsleistungen nach Freispruch im Wiederaufnahmeverfahren

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Bundesbahnassessor Heinz Nordhaus

aus

Hamm (Westf.)

1967

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Dekan: Professor Dr. Mülhaupt

1. Berichterstatter: Professor Dr. Stree

2. Berichterstatter: Professor Dr. Wessels

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Dezember 1966

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1

Hauptteil

1. Kapitel

Rückerstattung von Bewährungsleistungen aus der Staatskasse auf Grund des Entschädigungsgesetzes. 4

§ 1

Auslegung des Entschädigungsgesetzes. 4

§ 2

Analoge Anwendung des Entschädigungsgesetzes. 5

Voraussetzungen:

A. Es besteht kein abschließend gesetzlich geregeltes öffentlich-rechtliches Entschädigungssystem. 6

B. Art. 14 III GG und §§ 74, 75 Einl. pr. ALR analog vermögen die im öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystem für erfüllte Bewährungsleistungen vorhandene Lücke nicht auszufüllen. 15

C. Die Rechtsnatur der Bewährungsleistungen rechtfertigt eine analoge Anwendung des Entschädigungsgesetzes. 18

I. Das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung 20

1. Der kriminalpolitische Grundgedanke 20

2. Die Möglichkeiten der praktischen Verwirklichung dieses kriminalpolitischen Grundgedankens 25

a) Das belgisch-französische System des "sursis" 26

b) Der "bedingte Straferlaß" 27

c) Das anglo-amerikanische probation-System 27

3. Die Verwirklichung des kriminalpolitischen Grundgedankens der Strafaussetzung zur Bewährung im geltenden deutschen Recht und im Entwurf 1962 28

a) Die Regelung im geltenden Erwachsenenstrafrecht 28

b) Die Regelung im Entwurf 1962 32

c) Die Regelung im Jugendstrafrecht 33

Seite

4. Die dogmatische Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem 40

a) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Gnadenakt 42

b) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Akt des Lohnes 48

c) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer Besserungsmaßnahme 49

d) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer Sicherungsmaßnahme 50

e) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer selbständigen Strafart 51

f) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Akt der Strafzumessung 58

g) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer "Mischsanktion" 60

h) Ist die Strafaussetzung zur Bewährung eine "Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe" oder ein "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit"? 64

a') Die Strafaussetzung zur Bewährung als "Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe" 65

b') Die Strafaussetzung zur Bewährung als "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit" 71

c') Eigene Stellungnahme 73

II. Die Bestimmung der Rechtsnatur der Bewährungsleistungen gem. der dogmatischen Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem 76

1. Die Rechtsnatur der Bewährungsleistungen im geltenden und künftigen Erwachsenenstrafrecht 76

2. Die Rechtsnatur der Bewährungsleistungen im Jugendstrafrecht 78

Ergebnis 80

2. Kapitel

Bereicherungsansprüche des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gegen den Empfänger einer Bewährungsleistung 81

Seite

§ 1

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verurteilten und dem Empfänger einer Bewährungsleistung 81

§ 2

Die Wirkung des Freispruchs im Wiederaufnahmeverfahren auf die zwischen dem Freigesprochenen und dem Empfänger einer Bewährungsleistung bestehenden Rechtsbeziehungen 85

A. Die Bewährungsleistung führte zur Erfüllung eines bestehenden oder vermeintlichen zivilrechtlichen Anspruchs. 85

I. Die Bewährungsleistung führte zur Erfüllung eines bestehenden zivilrechtlichen Anspruchs. 85

II. Die Bewährungsleistung führte zur Erfüllung eines vermeintlichen zivilrechtlichen Anspruchs 86

B. Vor der Auferlegung der Bewährungsleistung bestanden keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Verurteilten und dem Empfänger der Auflage 88

3. Kapitel

Das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Rückerstattung von Bewährungsleistungen aus der Staatskasse und einer Bereicherungsforderung gegen den Empfänger einer Leistung, die auf Grund einer Bewährungsauflage erbracht worden ist. 92

4. Kapitel

Vorschläge de lege ferenda 97

Literaturverzeichnis

Allfeld, Philipp	Der bedingte Straferlaß. Erlangen und Leipzig 1901
Alsberg, Max	Justizirrtum und Wiederaufnahme. Berlin 1913
Amelunxen, Rudolf	Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter. in: DRiZ 1953/148
Anschütz, Gerhard	Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. in: Verw. Arch. Bd. V S. 1
Appelius, H.	Die Reformbestrebungen auf dem Gebiete der Strafrechtspflege und das heutige Strafrecht. in: ZStW 12/1
ders.	Die bedingte Verurtheilung und die anderen Ersatzmittel für kurzzeitige Freiheitsstrafen. 2. Auflage Cassel 1890
Arndt, Herbert	Die fehlerhafte Einziehung. in: NJW 1957/856
Auby, Jean-Marie	Die Ersatzleistung für Schäden durch hoheitliche Eingriffe im öffentlichen Recht. in: DÖV 1955/536
Bachem, Julius	Die bedingte Verurteilung. Zweite Auflage Köln 1895
Bachof, Otto	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes. Tübingen 1951
Bank,	Zur Schadensersatzpflicht der öffentlichen Körperschaften bei unverschuldet rechtswidrigen Verwaltungsakten. in: Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt Bd. 50 (1929) S. 65
v. Bar, Ludwig	Handbuch des Deutschen Strafrechts. Erster Band: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. Berlin 1882

Barrelet, Horst	Das Rechtsinstitut der Probation des angelsächsischen Rechtes. Diss. Hamburg 1950
Bartholomeyczik, Horst	Die Kunst der Gesetzesauslegung. 2. Auflage Frankfurt/Main 1960
Bauer, Fritz	Die Wiederaufnahme teilweise abgeschlossener Strafverfahren. in: JZ 1952/209
Baumann, Jürgen	Die Auflagenkataloge im Strafrecht. in: GA 1958/193
ders.	Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht. in: MDR 1958/394
ders.	Strafrecht. Allgemeiner Teil 3. Auflage Bielefeld 1964
Baur, Fritz	Die Bewährungsauflage der Schadenswiedergutmachung und das Zivilrecht. in: Festgabe für Eduard Kern zum 70. Geburtstag - 1957 S. 338
Becker, Walter	Bewährungshilfe für Erwachsene. in: NJW 1953/1093
Becker, Wilhelm	Bewährung der Bewährungshilfe. Diss. Münster 1961
Bentele, Wilhelm	Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens nach der Strafprozeßordnung. Diss. Heidelberg 1917
Bettermann, Karl August	Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch. in: DÖV 1955/528
ders.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.1.1957. in: MDR 1957/672
ders.	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. in: Die Grundrechte Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner Dritter Band, 2. Halbband S. 779 Berlin 1959

Biedermann, Walter	10 Monate Gefängnis, § 23 StGB und die Nöte der Strafrichter. in: DRiZ 1956/175
Binding, Karl	Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil Achte Auflage Leipzig 1913
Blau, Günter	Nochmals: "die Sonderstrafe". in: JR 1953/323
Bockelmann, Paul	Zur Reform des Strafensystems. in: JZ 1951/494
ders.	Strafe und Erziehung. in: Festschrift für Julius von Gierke S. 27 Berlin 1950
Bögner, Rudolf	Die Entschädigungsansprüche im Polizeirecht. in: DVBl 1953/357
Breithaupt, Walter	Über die Notwendigkeit der bedingten Strafaussetzung durch den Richter. in: SJZ 1948/372
Brückmann, Arthur	Zum Gesetzentwurf betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. in: JW 1904/83
Bruns, Hans-Jürgen	Die Strafaussetzung zur Bewährung. in: GA 1956/193
ders.	Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen. in: NJW 1959/1393
ders.	Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen. in: GA 1959/193
ders.	Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB - Entwurf 1956. in: ZStW 71/210
Buchwald, Friedrich	Zum Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe. in: SJZ 1948/211
Buhl, Conrad	Zur Aussetzung der Strafvollstreckung. in: ZStW 28/158
Burckhard, Hugo	Zum Begriff der Schenkung. Festgabe für Ernst Immanuel Bekker Erlangen 1899
v. Buri, M.	Determinismus und bedingte Verurtheilung. in: GS 46/321

Burlage, E.	Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften. Berlin 1905
v. Caemmerer, Dora	Probation; Aufbau und Praxis des englischen Systems der Bewährungshilfe. München und Düsseldorf 1952
Clerc, Francois - Steck, Eduard	Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil Basel 1943
Cremer,	Entschädigungsanspruch für schuldlos - rechtswidrige öffentliche Eingriffe. in: RVBl Bd. 56 (1935) S. 625
Cüppers, Josef	Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz). in: NJW 1952/993
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren. begründet von A. Dalcke Siebenunddreißigste Auflage von Ernst Fuhrmann und Karl Schäfer Berlin 1961
Dallinger, Wilhelm	Gerichtsverfassung und Strafverfahren. in: JZ 1953/432
Dallinger, Wilhelm - Lackner, Karl	Jugendgerichtsgesetz München und Berlin 1955
Demski, Maria	Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsaussetzung nach den §§ 23, 24, 24a StGB. Diss. Münster 1955
Diester, Hans	Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht. Köln 1953
Dilcher, Hermann	Die Bewährungsauflage der Schadenswiedergutmachung im Verhältnis zur zivilrechtlichen Haftung. in: NJW 1956/1346
Dohna, Graf zu, Alexander	Die reichsrechtliche Regelung der bedingten Strafaussetzung. in: Beiträge zur Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform S. 82 Heidelberg 1926
Dreher, Eduard	Über die gerechte Strafe. Heidelberg 1947
ders.	Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln. in: ZStW 65/481

ders.	Die zweite Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission. in: ZStW 67/77
ders.	Die Strafaussetzung zur Bewährung. in: DRiZ 1956/272
Dreher, Eduard - Maassen, Hermann	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 4. Auflage München und Berlin 1965
Dünnebier, Hanns	Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs. in: ZStW 72/33
Dürig, Günter	Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff! in: JZ 1954/4
ders.	Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems. in: JZ 1954/4
ders.	Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems. in: JZ 1955/521
Ebermayer, Ludwig	Bedingte Strafaussetzung und bedingte Verurteilung. in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Herausgegeben von Fritz Stier - Somlo und Alexander Elster Erster Band, S. 554 Berlin und Leipzig 1926
Eckels, H.H.	Strafaussetzung zur Bewährung und Gesamtstrafenbildung. in: NJW 1954/1672
Eckstein, Ernst	Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens wegen Anwendbarkeit eines milderen Strafgesetzes. in: GS 85/107
Egner, Hans-Eberhard	Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht. in: NJW 1953/1859
Engell, Werner	Die Entschädigungs- und Wiedergutmachungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Bestraften und Verhafteten. Breslau 1927
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus Fünfzehnte Bearbeitung von Heinrich Lehmann Tübingen 1958

Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Walter Erman Dritte Auflage 1. Band Münster/Westf. 1962
Fischer, Heinrich	Die bedingte Strafaussetzung. Diss. Würzburg 1927
Fischer, Robert	Empfiehlt es sich die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich zu regeln? In: Verhandlungen des einundvierzigsten Deutschen Juristentages - Berlin 1955 - Bd. II (Sitzungsberichte) C. 37
Förster, Hans	Zur Neuordnung des Gnadenwesens. in: JR 1950/609
Forsthoff, Ernst	Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofs (GSZ) vom 9./10.6.1952 in: JZ 1952/627
ders.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band Allgemeiner Teil Achte Auflage München und Berlin 1961
Franke, Wolfgang	Das öffentliche Interesse an der Strafvollstrekkung. in: DRiZ 1954/164
Frey, Erwin	Ausbau des Strafensystems? in: ZStW 65/3
Friedlein, Herbert	Rechtsprobleme beim Übergang zu einem "dreispurigen" Kriminalrecht. Diss. Erlangen 1960
Fuld, Ludwig	Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter in Frankreich. in: GA 45/14
Gebser, Friedrich	Über die Wirkung der Freisprechung im wiederaufgenommenen Strafverfahren. Diss. Tübingen 1902
Geiger, Willi	Bemerkungen zur Haftung des Staates für sein hoheitliches Handeln de lege ferenda. in: DRiZ 1955/206
Gerber, Ernst	Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verfolgten und Bestraften. Diss. Zürich 1921

Gerland, Heinrich	Der Deutsche Strafprozeß. Mannheim/Berlin/Leipzig 1927
Gerstner, Alois	Die Strafaussetzung zur Bewährung nach dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz (Strafrechtsbereinigungsgesetz) §§ 23 - 25 StGB Diss. München 1958
Geyer,	Noch einige Bemerkungen über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft. in: GS 34/321
ders.	Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter. in: GS 36/366
Giese, Friedrich-Wilhelm	Der öffentlichrechtliche Aufopferungsanspruch. Stuttgart 1936
Gillischewski,	Über die bedingte Verurtheilung. in: GS 43/272
Götz, Albrecht	Die Resozialisierung Verurteilter im neuen französischen Strafprozeßrecht. in: JZ 1960/161
Goldschmidt, James	Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften. in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke Bd. III S. 109
ders.	Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Maßregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs. in: VDA Bd. IV, S. 81
Grau, Fritz Schäfer, Karl	Das Preußische Gnadenrecht. Berlin 1931
Greiner, Gottfried	Enteignung, Aufopferungsanspruch und Sozialisierung nach neuem Deutschen Verfassungsrecht. Diss. Göttingen 1953
Grethlein, Gerhard	Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung bei nachträglich gebildeten Gesamtstrafen. in: NJW 1953/1895
ders.	Strafaussetzung bei Gesamtstrafen. in: DRiZ 1954/212
ders.	Jugendarrest, Jugendstrafe und Bewährung. in: NJW 1957/1462
ders.	Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1959

Grünhut, Max	Bedingte Verurteilung. in: ZStW 64/127
Gutmann, Alexander	Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 10.1.1962 in: NJW 1962/1261
Haas, Diether	Wiederum: Eigentum und Enteignung. Zum Beschluß des BGH vom 9./10.6.1952 in: MDR 1952/648
ders.	System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten. Karlsruhe 1955
Händel, Konrad	Die Anwendung des § 24 Abs.1 Ziff.5 StGB in der Praxis. in: JR 1955/377
ders.	Strafaussetzung zur Bewährung und Kostenauflage. in: NJW 1957/1018
Hahn, Carl	Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung. Zweite Auflage herausgegeben von Eduard Stegemann Berlin 1885
Hall, Karl Alfred	Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem. in: ZStW 66/77
Hamann, Andreas	Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofs (GSZ) vom 9./10.6.1952 in: NJW 1952/1176
Hamm, O.	Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. in: DJZ 1904/177
Hartenberg, Werner	Probation und Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Vergleich von Gesetzgebung und Methode zur Vermeidung unangebrachter Freiheitsstrafen in England, Amerika und Deutschland. Diss. Mainz 1955
Hartung, Fritz	Zur Problematik der Geldstrafe. in: SJZ 1950/102
ders.	Die steckengebliebene Strafrechtsreform. in: NJW 1951/425
Heilborn, Paul	Die kurze Freiheitsstrafe. Leipzig 1908
Heinitz, Ernst	Der Ausbau des Strafensystems. in: ZStW 65/26

Hellmer, Joachim	Ist die Wiedergutmachung des Schadens Voraussetzung der Strafaussetzung? in: NJW 1956/979
ders.	Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung. in: JZ 1956/714
ders.	Erziehung und Strafe. Berlin 1957
ders.	Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht. Berlin-Spandau 1959
ders.	Kriminalpädagogik. Berlin 1959
Hellwig, Albert	Die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung durch die Gerichte. in: DRiZ 1921/24
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht. Stuttgart und Köln 1953
Hennke, H.	Aus der Rechtsprechung zu § 23 StGB. in: DRiZ 1955/3
Henrichs, Wilhelm	Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12.2.1959 in: NJW 1959/1243
v. Hentig, Hans	Wiederaufnahmerecht. Heidelberg 1930
v. Hippel, Robert	Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurtheilung in Deutschland. in: GS 43/99
ders.	Der Deutsche Strafprozeß. Marburg 1941
Horrow, Max	Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 2. Hälfte (Strafe und Sicherung) Graz - Wien 1952
Hum, Georg	Verurteilung und Bewährungshilfe im Dienste der Andragogik. Bonn 1961
Ignatius, Kaarlo	Die juristische Natur der bedingten Verurteilung. in: ZStW 23/250
Jagusch, Heinrich	Über die Strafaussetzung zur Bewährung. §§ 23 - 25 StGB in: JZ 1953/688
Janssen, Günter	Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung. Stuttgart 1961

Jastrow, Hermann	Die Entschädigung unschuldig Verurteilter. in: DJZ 1897/477
Jauch, Rolf	Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung. Diss. Tübingen 1953
ders.	Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung. in: Materialien zur Strafrechtsreform 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten, S. 125 Bonn 1954
Jellinek, Georg	Staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurtheilter. in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 20, S. 455
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht. Dritte Auflage Offenburg 1948
ders.	Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung. in: JZ 1955/147
Jescheck, Hans-Heinrich	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. in: GA 1956/97
ders.	Die Konkurrenz. in: ZStW 67/529
Junker,	Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (bedingten Straferlaß) durch die Gerichte. in: ZStW 63/428
Katzenstein, Gerhard	Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt. Hamburg 1935
ders.	Die Entschädigungspflicht des Staates aus rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt. in: MDR 1952/193
Kaufmann, Armin	Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius. in: JZ 1958/297
Kern, Eduard	Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetzes). in: GA 1953/44

ders.	Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch Sechste Auflage München und Berlin 1960
v. Kirchenheim,	Gegen "bedingte" Bestrafung. in: GA 38/12
ders.	Bedingte Bestrafung. in: GS 43/51
Kleinhoff, Johann	Der Aufopferungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. in: DRiZ 1957/225
ders.	Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. in: DRiZ 1958/167
Kleinknecht-Müller	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz von Theodor Kleinknecht und Hermann Müller mitbegründet von Leonhard Reitberger 5. Aufl. Nürnberg - Düsseldorf - Berlin 1963
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch. 43. Auflage bearbeitet von Richard Lange Berlin 1961
Kreft, Friedrich	Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen. in: DÖV 1955/517
Küster, Otto	Poena aut satisfactio. in: JZ 1954/1
Kuschmann, Horst	Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Amtshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. in: NJW 1966/574
Lackner, Karl	Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung. in: JZ 1953/428
ders.	Das Jugendgerichtsgesetz. in: JZ 1953/527
ders.	Anmerkung zu einem Beschluß des BGH vom 6.6.1957 in: JZ 1957/757

Lange, Hans-Jürgen	Die Entschädigung für schuldlos-rechtwidrige Eingriffe des Staates, insbesondere die Gefährdungshaftung, im deutschen öffentlichen Recht, unter Berücksichtigung des französischen Staatshaftungsrechtes. Diss. Frankfurt/Main 1955
Lange, Richard	Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz (Strafrechtsbereinigungsgesetz). in: NJW 1953/1161)
ders.	Strafe und Erziehung im Jugendstrafrecht. in: Probleme der Strafrechtserneuerung S. 44
ders.	Die Systematik der Strafdrohungen. in: Materialien zur Strafrechtsreform (1954) 1. Band S. 69
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band, Besonderer Teil 7. Auflage München und Berlin 1965
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dreizehnte Auflage Berlin 1962
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, August Schaefer, und Wolfhart Werner 8. Auflage Erster Band, Einleitung und §§ 1 - 152 Berlin 1957
Lerche, Peter	Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff. in: JuS 1961/237
Lessing, Georg	Die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen. Leipzig 1898
Lewald, Walter	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.2.1962. in: NJW 1962/1500
Lindemann, Wilfred	Bewährung und Bewährungshilfe im Deutschen Strafrecht. Diss. Köln 1956
v. Liszt, Franz	Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung. in: VDA Bd. III S. 1

ders.	Kriminalpolitische Aufgaben. in: ZStW 9/452 ZStW 9/737 ZStW 10/51 ZStW 12/161
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Franz v. Liszt Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil Sechsundzwanzigste Auflage von Eberhard Schmidt Berlin und Leipzig 1932
Lobe, Adolf	Die Wiederaufnahme im Strafverfahren. in: GS 110/239
Loebell,	Die bedingte Verurtheilung. in: GA 38/20
Löwe - Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Kommentar, herausgegeben von Emil Niethammer in Gemeinschaft mit Friedrich Wilhelm Geier, Heinrich Jagusch, Max Kohlhaas, Karl Schäfer, Werner Sarstedt und Wilhelm Tillmann Erster Band: Die Strafprozeßordnung 21. Auflage Berlin 1963
Lorenz, Max	Die bedingte Verurteilung und die bedingte Entlassung. in: JR 1949/393
Maassen, Hermann	Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz. in: MDR 1954/1
v. Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz. 2. Band 2. Auflage Berlin und Frankfurt a. Main 1966
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch 14. Auflage München und Berlin 1965
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil 3. Auflage Karlsruhe 1965
Maury,	Die Enteignungsentschädigung nach der neuesten Rechtsprechung des BGH. in: DVBl 1958/816 .

Mayer, Edgar	Über die Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß. Diss. Tübingen 1931
Mayer, Hellmuth	Die konstruktiven Grundlagen des Wiederaufnahmeverfahrens und seine Reform. in: GS 99/299
ders.	Strafrecht. Allgemeiner Teil Stuttgart und Köln 1953
Meister, Hans-Georg	Mängel der neuen §§ 23 ff StGB. in: DRiZ 1953/218
Meng, Hellmut	Bewährungsauflagen in ihrer kriminalpädagogischen Bedeutung. in: BewHi Juli 1954/69
ders.	Bewährungsauflagen. - Schema und Wegbereitung - in: ZBlJugR 1954/64
Meyer, Klaus	Strafaussetzung, Bewährung und Bewährungshilfe. Diss. Münster 1963
Mezger, Edmund	Strafrecht. Allgemeiner Teil Ein Studienbuch 9. Auflage München und Berlin 1960
Milferstaedt,	Die bedingte Verurtheilung. in: GA 44/334
Mittelbach, Hans	Zur Frage der Neuregelung des Gnadenrechts. in: NJW 1951/96
ders.	Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter. in: JR 1955/5
Nagler, Johannes	Die Strafe. Erste Hälfte Leipzig 1918
Neumann, Rudolf	System der strafprozessualen Wiederaufnahme. Berlin-Grunewald 1932
Noetzel, Theodor	Bewährungsfrist. in: Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften herausgegeben von Alexander Elster und Heinrich Lingemann Erster Band, S. 158 Berlin und Leipzig 1933

Nüse, Karl-Heinz	Zum Entwurf eines Strafrechtsbereinigungsgesetzes. in: JR 1952/423
Oetker, Friedrich	Rechtsgüterschutz und Strafe. in: ZStW 17/493
ders.	Strafe und Lohn. in: GS 70/321
Pagendarm, Kurt	Verhältnis von öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen zu Amtshaftungsansprüchen im Hinblick auf § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. in: DÖV 1955/520
Palandt	Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch bearbeitet von Bernhard Danckelmann, Hans Gramm, Ulrich Hoche, Theodor Keidel und Wolfgang Lauterbach. Fünfundzwanzigste Auflage München und Berlin 1965
Pentz, Adolf	Nochmals: Die Bewährungsauflage der Schadenswiedergutmachung. in: NJW 1956/1867
Pestalozza, Graf von, Anton	Inwieweit bedarf es einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren des Strafprozesses und die Entschädigung für unschuldig Verurteilte? in: Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages (Lübeck) Erster Band, Gutachten, S. 1182 Berlin und Leipzig 1930
Peters, Karl	Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. Berlin 1932
ders.	Strafprozeß. Ein Lehrbuch Karlsruhe 1952
ders.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.6.1956. in: JZ 1957/64
ders.	Die Bewährungshilfe im Wandel der kriminalpolitischen Auffassungen in: BewHi Januar 1958/133
ders.	Grundprobleme der Kriminalpädagogik. Berlin 1960
ders.	Grundsätzliches über Erziehung und Strafe. in: Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe, S. 62 Herausgegeben von Thomas Würtenberger Stuttgart 1961

Pieper, Hermann	Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften. Diss. Köln 1935
Potrykus, Gerhard	Über die Zulässigkeit der Probation nach deutschem Jugendrecht. in: Unsere Jugend 1952/59
ders.	Nochmals zur bedingten Strafaussetzung in Jugendsachen. in: Jugendwohl 1952/368
ders.	Über die bedingte Verurteilung nach §§ 27 ff JGG. in: MDR 1954/456
ders.	Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz. 4. Auflage Nürnberg - Düsseldorf- Berlin - Frankfurt 1955 mit Nachtrag von 1959
Prange, Klaus-Peter	Probation und Parole. Amerikanische Methoden zur Behandlung von Rechtsbrechern und ihre Bedeutung für die deutsche Strafrechtsreform. Diss. Mainz 1953
Preiser, Friedrich	Das öffentliche Interesse an der Strafvollstrekkung (§ 23 Abs. 3 Ziff. 1 StGB) in: NJW 1956/1009
ders.	Zwei Grundfragen der Strafaussetzung zur Bewährung. in: NJW 1956/1221
Reh, Hans-Joachim	Anmerkung zu einem Beschluß des OLG Köln vom 1.12.1953. in: NJW 1954/484
Rein, Helmut	Strafaussetzung zur Bewährung. in: DRiZ 1957/238
Reinhardt, Rudolf	Einige Grundgedanken über § 839 BGB und die Staatshaftung. in: DÖV 1955/542
ders.	Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? in: Verhandlungen des einundvierzigsten Deutschen Juristentages - Berlin 1955 - Band I (Gutachten) S. 233 Tübingen 1955

Reismüller, Johann Georg	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.9.1959. in: JZ 1960/122
Reuß, Hermann	Die öffentlich-rechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unter besonderer Berücksichtigung des Enteignungsrechts und des Aufopferungsanspruchs. in: DÖV 1957/653
Rittler, Theodor	Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Erster Band Allgemeiner Teil zweite Auflage Wien 1954
Roediger, Hans-Joachim	Analogie und Analogieverbot im Strafrecht. Diss. Greifswald 1934
Roesen, Anton	Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung. in: NJW 1954/866
Romen, A.	Die Reichsgesetze betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Verhaftung und Bestrafung. Berlin 1904
Rosenfeld, Ernst Heinrich	Inwieweit bedarf es einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren des Strafprozesses und die Entschädigung für unschuldig Verurteilte? in: Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages (Lübeck) Erster Band (Gutachten) S. 1141 Berlin und Leipzig 1930
Schack, Friedrich	Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? in: Verhandlungen des einundvierzigsten Deutschen Juristentages - Berlin 1955 - Band I (Gutachten) S. 1 Tübingen 1955
ders.	Der Aufopferungsanspruch. in: BB 1956/409
ders.	Der für Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum. in: JZ 1956/425
ders.	Öffentlichrechtliche Entschädigung und Schadensersatz. in: BB 1959/1259

ders.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.11.1959. in: JZ 1960/262
ders.	Der "enteignungsgleiche Eingriff". in: JZ 1960/625
ders.	Gefährdungshaftung auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts. in: DÖV 1961/728
ders.	Die Enteignungstheorie des Bundesverwaltungsgerichts. in: NJW 1963/750
Schäfer, Leopold	Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. Mannheim/Berlin/Leipzig 1927
Schaffstein, Friedrich	Jugendstrafrecht. Stuttgart 1959
Schalscha, Erich	Zehn Monate Gefängnis und § 23 StGB. in: DRiZ 1956/11
Scheuner, Ulrich	Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht. in: DÖV 1955/545
ders.	Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe. in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 331
ders.	Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff. in: JuS 1961/243
Schmidt, Eberhard	Probleme staatlichen Strafens in der Gegenwart. in: SJZ 1946/204
ders.	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Zweite Auflage Göttingen 1951
ders.	Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges in Wolfenbüttel am 5. April 1951. in: ZStW 64/1
ders.	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil II Göttingen 1957
Schneider, Egon	Enteignung und Aufopferung. Berlin-Frankfurt 1964
Schnitzerling, Manfred	Von den Bewährungsauflagen und den Grenzen richterlicher Zuständigkeit, besonders aus verkehrsstrafrechtlicher Sicht. in: MDR 1957/201

Schönke-Schröder	Kommentar zum Strafgesetzbuch: begründet von Adolf Schönke fortgeführt von Horst Schröder 12. Auflage München und Berlin 1965
Schröder, Horst	Bedingte Verurteilung. in: NJW 1952/6
Schröer, Leopold	Amtshaftung und Enteignungsentschädigung. in: JZ 1955/308
Schumacher, Theodor	Die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung. Diss. Göttingen 1960
Schwarz, Otto	Strafgesetzbuch. Zweiundzwanzigste Auflage München und Berlin 1959
ders.	Strafprozeßordnung. Zweiundzwanzigste Auflage München und Berlin 1960
Schwarz, Otto - Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch. 27. Auflage München und Berlin 1965
Schwarz, Otto - Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung. 26. Auflage München und Berlin 1966
Schwarze, Friedrich Oskar	Die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft. in: GS 34/100
Seibert, Claus	Neuestes zur Strafaussetzung. in: DRiZ 1957/105
Sieverts, Rudolf	Bedingte Strafaussetzung und bedingte Verurteilung im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjùgendgerichtsgesetzes. EvJuHilfe 1952 Heft 3 S. 2
Simson, Gerhard	Bedingte Verurteilung. in: ZStW 64/146
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Begründet von Hs. Th. Soergel Neu herausgegeben von W. Siebert II. Band Einzelne Schuldverhältnisse §§ 433 - 853 Neunte Auflage Stuttgart 1962

Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse 2. Teil, §§ 433 -610 Erläutert von Fritz Kiefersauer, Fritz Ostler und Hermann Riedel 11. Auflage Berlin 1955
Stödter, Rolf	Öffentlich-rechtliche Entschädigung. Hamburg 1933
ders.	Über den Enteignungsbegriff. in: DÖV 1953/97 und 136
Stree, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz. Tübingen 1960
ders.	Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem. in: JuS 1961/50
ders.	In dubio pro reo. Tübingen 1962
Stück, Franz	Das Problem der öffentlich-rechtlichen Entschädigung der Gegenwart. Diss. Hamburg 1939
Thormann, Philipp	Der bedingte Straferlaß. (Deckblatt fehlt)
Tobler, Hans	Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurteilten. Diss. Zürich 1905
v. Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band Allgemeine Lehren und Personenrecht Leipzig 1910
v. Turegg - Kraus	Lehrbuch des Verwaltungsrechts von Kurt Egon von Turegg Vierte Auflage von Erwin Kraus Berlin 1962
Vogel, Karl-Heinz	Die Rechtsstellung des Dritteigentümers im Falle ungerechtfertigter Einziehung. in: GA 1958/33
Vrij, M. P.	Zum Problem der Strafaussetzung. in: ZStW 66/218
Wach, Adolf	Die Reform der Freiheitsstrafe. Leipzig 1890

ders.	Die criminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform. - Rede des antretenden Rectors beim Rectoratswechsel an der Universität Leipzig am 31. Oktober 1902 - Leipzig
ders.	Grundriß der Vorlesung über das deutsche Strafrecht. Leipzig 1911
Wahl, Alfons	Zur Strafrechtspflege in England (Criminal Justice Act 1948) in: NJW 1950/810
ders.	Die bedingte Verurteilung. in: DRiZ 1951/211
Weimar, Wilhelm	Gibt es eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung? in: JR 1958/96
ders.	Die öffentlich-rechtlichen Entschädigungen. Köln - Berlin - Bonn - München 1962
Welzel, Hans	Wie kann der kriminalpolitisch unerwünschten kurzfristigen Freiheitsstrafe entgegengewirkt werden? Wie sind bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung zu behandeln? in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 1. Band, Grundsatzfragen S. 101 Bonn 1956
ders.	Das deutsche Strafrecht. Neunte Auflage Berlin 1965
Wiebringhaus, Hans	Die Rom-Konvention für die Menschenrechte in der Praxis der Straßburger Menschenrechtskommission. Saarbrücken 1959
Wilke, Günther	Die Haftung des Staates für rechtswidriges, aber schuldloses Verhalten eines Amtsträgers in Wahrnehmung von Hoheitsrechten. Frankfurt/M. 1960
Woermann, Franz	Das Wiederaufnahmeverfahren und die Entschädigung unschuldig Verurtheilter. Berlin 1899
Wohlfahrth, Ernst	Das Herrschaftsgebiet des § 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht. in: JR 1935/73

Wolff, Hans-Julius	Verwaltungsrecht I Ein Studienbuch Vierte Auflage München und Berlin 1961
ders.	Verwaltungsrecht I Ein Studienbuch Sechste Auflage München und Berlin 1965
Wons,	Bedingte Strafaussetzung und Jugendstrafrecht. Diss. Heidelberg 1949
Würtenberger, Thomas	Zur Beurteilung der Persönlichkeit des Rechtsbrechers vor dem richterlichen Urteil. in: NJW 1952/249
ders.	Über die Rechtsnatur der Bewährungshilfe im Strafrecht. in: MDR 1955/9
ders.	Der zwölfte internationale Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen im Haag 1950. in: ZStW 64/82
Zeidler, Karl	"Verwaltungsfabrikat" und Gefährdungshaftung. in: DVBl 1959/681
Zernik, Bruno	Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie. Diss. Greifswald 1895

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
AG	= Amtsgericht
Allg. Vfg.	= Allgemeine Verfügung
Amtl. Begr.	= Amtliche Begründung
Anh.	= Anhang
Anl.	= Anlage
Anm.	= Anmerkung(en)
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAnz.	= Bundesanzeiger
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerwVl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz
BBG	= Bundesbeamtengesetz
belg. Gesetz	= belgisches Gesetz
Bem.	= Bemerkung(en)
BewHi	= Bewährungshilfe
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl. f. Gefängniskunde	= Blätter für Gefängniskunde
BSeuchenG	= Bundesseuchengesetz
BT	= Besonderer Teil
BTD	= Bundestagsdrucksache
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht

BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Amtliche Sammlungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CJA 1948	= Criminal Justice Act vom 30. 7. 1948
C. p. p.	= Code de procedure penal vom 23. 12. 1957 i. d. F. der VO vom 23. 12. 1958
DAR	= Deutsches Autorecht
Diss.	= Dissertation
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristen Zeitung
DM	= Deutsche Mark
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
Einl. pr. ALR	= Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. 2. 1794
EntschG	= Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen.
Entw.	= Entwurf
e. V.	= eingetragener Verein
EvJuHilfe	= Evangelische Jugendhilfe
evtl.	= eventuell
franz. Gesetz	= französisches Gesetz
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	= Grundgesetz
GnadenO	= Gnadenordnung
GS	= Der Gerichtssaal
GSZ	= Großer Senat für Zivilsachen
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz

JGG	= Jugendgerichtsgesetz
JM	= Justizminister
JMBl	= Justizministerialblatt
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KMR	= Kleinknecht-Müller-Reitberger
LB	= Lehrbuch
LBG	= Landesbeamtengesetz
Lehrkomm.	= Lehrkommentar
LG	= Landgericht
LK	= Leipziger Kommentar
L. - M.	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
Mat. Straf. Reform	= Materialien zur Strafrechtsreform (1954)
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
MRKonv.	= Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
m. w. Nachw.	= mit weiteren Nachweisen.
n. F.	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NRW	= Nordrhein-Westfalen
OBG	= Ordnungsbehördengesetz
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg

Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG.	= Regierungsentwurf des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes
RG	= Reichsgericht
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RGR-Kommentar	= Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGSt	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiStV	= Richtlinien für das Strafverfahren
RJGG	= Reichsjugendgerichtsgesetz
Rspr.	= Rechtsprechung
RVBl.	= Reichsverwaltungsblatt
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlHOLG	= Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
Sch.-Schr.	= Schönke-Schröder
Schriftl. Bericht	= Schriftlicher Bericht
SJZ	= Süddeutsche Juristen-Zeitung
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
StraftilgG	= Straftilgungsgesetz
Stu.	= Studienbuch
StVG	= Straßenverkehrsgesetz
StVO	= Straßenverkehrsordnung
StVollstrO	= Strafvollstreckungsordnung
StVZO	= Straßenverkehrszulassungsordnung
UhaftEntschG	= Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft
UnlWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VDA	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil
Verw. Arch.	= Verwaltungsarchiv
VO	= Verordnung
Vorbem.	= Vorbemerkung

VRS	= Verkehrsrechts-Sammlung
VWGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
Wahlp.	= Wahlperiode
WeimRVerf.	= Weimarer Reichsverfassung
WStG	= Wehrstrafgesetz
ZBlJugR	= Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Gegenüber der Häufigkeit, mit der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung die Frage nach der Zulässigkeit, d.h. nach den Voraussetzungen der Wiederaufnahme eines durch ein rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens erörtert wird, steht im auffallenden Gegensatz die Sparsamkeit, mit welcher die Wirkungen der Wiederaufnahme, d.h. die Folgen des im Wiederaufnahmeverfahren ergangenen Urteils, besprochen oder auch nur erwähnt werden [1].

So enthält die Strafprozeßordnung zwar genaue Angaben über die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens [2], sie schweigt aber über die Wirkungen der im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Urteile. Ebenso verhält es sich in der Literatur mit Ausnahme weniger bruchstückartiger Andeutungen [3]. Auch in der Rechtsprechung finden sich hierzu nur wenige Entscheidungen [4]. In den Motiven zur Strafprozeßordnung [5] ist dieses Problem zwar erwähnt, aber beschränkt auf den Fall, daß in dem neu ergehenden Urteil ebenfalls eine Freiheitsstrafe verhängt wird, auf die dann eine infolge des aufgehobenen Urteils bereits erlittene Freiheitsstrafe angerechnet werden soll. [6]

Unberücksichtigt geblieben sind dagegen die im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Urteile, durch die ein zunächst rechtskräftig Verurteilter freigesprochen wird. Die einzigen Gesetze, die sich mit den Auswirkungen eines Freispruches im Wiederaufnahmeverfahren beschäftigen, sind das "Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898" [7] und die Beamtengesetze [8]. Durch diese Ge-

---

1) Diese Feststellung hat Gebser (S. 7) bereits vor rund sechzig Jahren getroffen. Die Lage hat sich seitdem bis zur Gegenwart nicht geändert.
2) §§ 359 ff
3) Gerland § 113; v. Hippel LB § 86; Löwe-Rosenberg § 373 Anm. 4 und 5; Eberh. Schmidt § 373 Anm. 2, C; Peters § 76, VI; Kern § 57, C, III
4) RGSt 15/188; RG in GA 47/296; RGSt 57/312 (313); BGH in JZ 1956/101; LG München in NJW 1957/274
5) Hahn: Viertes Buch § 334, II, 3
6) Eine entsprechende Lösung sieht § 41, I, 2 StVollstrO vor (BAnz. Nr. 42 i.d. F. der Allg. Vfg. vom 1.12.1958 (BAnz. Nr. 240)
7) RGBl S. 345, geändert durch Art. 5 Ziff. 1 des Gesetzes vom 24.11.1933 (RGBl I. S. 1000 (1005)
8) vgl. z.B. § 51 des Bundesbeamtengesetzes i.d.F. vom 1.10.1961 (RGBl I S. 1802) und § 62 des Beamtengesetzes NRW vom 15.6.1954 (GVBl NRW S. 237)

setze werden die durch die Freisprechung ausgelösten Fragen aber nur zum Teil unmittelbar beantwortet, da das Entschädigungsgesetz im § 1 der geltenden Fassung nur eine Regelung für Strafen und Maßregeln der Sicherung und Besserung trifft und die Beamtengesetze nur die besonderen Auswirkungen einer Verurteilung auf ein Beamtenverhältnis berücksichtigen.

Zwei Beispiele mögen es näher erläutern.

1. Der Zollinspektor A wurde durch rechtskräftiges Urteil der 5. Großen Strafkammer des Landgerichts X wegen schwerer passiver Bestechung zu einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren sowie zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von drei Jahren verurteilt. Zwei Jahre nach Verbüßung der Freiheitsstrafe wird A in einem Wiederaufnahmeverfahren unter Aufhebung des ihn verurteilenden Erkenntnisses freigesprochen.

2. Der Zollinspektor B wurde wegen einfacher passiver Bestechung durch rechtskräftiges Urteil des Schöffengerichts X zu einer Gefängnisstrafe von drei Monaten verurteilt. Die Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt und dem B zur Auflage gemacht, 500, -- DM an das "Rote Kreuz" in X zu zahlen. Etwa zwei Jahre nach seiner Verurteilung betreibt B mit Erfolg die Wiederaufnahme seines Verfahrens. Im Anschluß an den ersten Fall ergeben sich z.B. die Fragen:

a) Hat A einen Rechtsanspruch auf Haftentschädigung?
b) Kann er die Wiedereinsetzung in sein Amt verlangen und
c) besitzt er einen Anspruch auf nachträgliche Zahlung der ihm in der Zwischenzeit entgangenen Dienstbezüge?

Aus dem zweiten Fall ergibt sich besonders die Frage, ob B die 500, -- DM vom "Roten Kreuz" zurückfordern oder Ersatz aus der Staatskasse verlangen kann.

Während durch die erwähnten, sich mit den Wirkungen der Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren beschäftigenden Gesetze [1] die Fragen des ersten Falles unmittelbar beantwortet werden, stößt die Lösung der sich aus dem zweiten Fall ergebenden Frage auf Schwierigkeiten, da das Entschädigungsgesetz zumindest dem Wortlaut nach nicht auf Bewährungsauflagen angewandt werden kann.

---

1) vgl. S. 1 Anm. 7 und 8

Die folgende Untersuchung soll daher zur Klärung der Frage beitragen, welche Ansprüche des Verurteilten sich aus einer Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren ergeben, falls er durch das aufgehobene Urteil zu einer Freiheitsstrafe unter Aussetzung zur Bewährung verurteilt worden war und er eine ihm gemachte Auflage [1] bereits erfüllt hatte.

Zur Lösung dieser Frage könnte eine Auslegung oder analoge Anwendung des Entschädigungsgesetzes geeignet sein. Gedacht werden könnte ferner an eine Anwendung der §§ 812 ff BGB auf das Verhältnis zwischen dem Freigesprochenen und dem Empfänger der Bewährungsleistung.

---

1) Wenn im folgenden allgemein von Auflagen die Rede ist, so sollen darunter nicht nur die unmittelbar auf § 24 StGB gestützten Auflagen verstanden werden, sondern auch diejenigen, die unter Verweisung auf § 24 StGB auferlegt werden können (vgl. z.B. § 14, I, 2 WStG).
Außerdem sollen unter diesem Begriff sowohl die "Weisungen" und "besonderen Pflichten" des Jugendgerichtsgesetzes (§§ 23, 10, 15), als auch die nach dem Entwurf 1962 vorgesehenen "Auflagen" und "Weisungen" (§§ 74, 75) zusammengefaßt werden.
Ferner läßt sich das aus der folgenden Untersuchung abzuleitende Ergebnis auch unschwer entsprechend auf die "Auflagen", "Weisungen" und "besonderen Pflichten" anwenden, die gem. §§ 26, III StGB, 88, V, 2 JGG und 79, III Entw. 1962 erteilt werden können.

Hauptteil

1. Kapitel

Rückerstattung von Bewährungsleistungen aus der Staatskasse auf Grund des Entschädigungsgesetzes

§ 1

Auslegung des Entschädigungsgesetzes.

Ein Gesetz auslegen heißt, seinen Sinn erforschen. [1] Ausgehend vom Wortlaut der auszulegenden Bestimmung hat dieses zunächst durch Ermittlung der gesamten Bedeutungen, die der Sprachgebrauch zuläßt, zu geschehen. [2]

§ 1, I EntschG gibt einen Anspruch jedoch nur, wenn gegen den im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen die im ersten Verfahren erkannte Strafe ganz oder teilweise vollstreckt worden war. Im § 1, II EntschG wird für eine Entschädigungspflicht des Staates vorausgesetzt, daß eine im ersten Verfahren angeordnete Maßregel der Sicherung und Besserung ganz oder teilweise vollstreckt worden oder wirksam geworden war. Eine Anwendung des Entschädigungsgesetzes auf erfüllte Bewährungsauflagen im Wege grammatischer Auslegung ist daher nicht möglich.

Auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte, wobei der Sinn und Zweck des Entschädigungsgesetzes zu beachten sind, ergibt sich eine Anwendung dieses Gesetzes für Bewährungsleistungen nicht. Dieses folgt schon allein daraus, daß weder bei Erlaß des Entschädigungsgesetzes (1898 [3]) noch bei der letzten einschlägigen Ergänzung (1933 [4]) die Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrecht eingeführt war. Die Einführung erfolgte erst durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953. [5]

---

1) Larenz: Methodenlehre S. 234; Danckelmann in Palandt Einl. V, 2, a; Lehmann LB AT § 8, II, 1; Roediger S. 30/31 und S. 41

2) BGHSt (GSSt) 1/158 (168); BGHSt 3/259 (262); 13/287 (288); Schönke-Schröder § 2 Anm. VI, 1; Stree in JuS 1961/50 (51)

3) RGBl S. 345

4) RGBl I S. 1000

5) RGBl I/735

§ 2

Analoge Anwendung des Entschädigungsgesetzes

Während die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung lediglich dazu führen kann, den genauen Inhalt dieser Bestimmung klarzustellen, ist es mit Hilfe der Analogie möglich, den Gedanken des Gesetzes über den gesetzlichen Rahmen weiterzuentwickeln und eine neue Norm in der aus dem Gesetz erkennbaren Richtung zu schaffen. [1)]

Diese Schaffung einer neuen Norm ist allerdings an bestimmte Voraussetzungen gebunden.

So muß es zunächst infolge einer Gesetzeslücke unmöglich sein, den Fall durch unmittelbare Gesetzesanwendung zu lösen. Ferner müssen für einen dem zu entscheidenden Fall ähnlichen Sachverhalt gesetzliche Regelungen getroffen worden sein, deren Sinn und Zweck es ermöglichen, sich ihrer auch zur Lösung ähnlicher Fälle zu bedienen [2)]. Dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen könnte gemäß diesen Voraussetzungen aus der Erfüllung von Bewährungsauflagen daher nur dann ein Anspruch in analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes vom 20, Mai 1898 zustehen, wenn u.a. feststände, daß die vorhandenen gesetzlichen Regelungen in bezug auf einen solchen Anspruch eine Lücke aufwiesen. Da es sich bei dem Entschädigungsgesetz um die Regelung einer durch hoheitliches Handeln ausgelösten Entschädigungspflicht handelt [3)], wäre eine solche Lücke nur vorhanden, wenn die gesetzlich geregelten öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten in sich kein abgeschlossenes System bildeten.

---

1) Baumann LB § 13, II, 1; Forsthoff LB § 9 S. 153; Schönke-Schröder § 2 Anm. VII

2) Henkel § 16, I, 3; Larenz: Methodenlehre S. 288; BGHSt 3/277 (279)

3) Die von Burlage (S. 10; ebenso Gerber S. 16; Tobler S. 25; Hamm in DJZ 1904/177) vertretene Auffassung, in den Entschädigungsgesetzen vom 20. Mai 1898 und 14. Juli 1904 seien zivilrechtliche Ansprüche enthalten, gehört nach h. L. der Geschichte an (Schack: Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag S. 22 Anm. 76). Ausgehend von den Bemühungen in der Literatur (vgl. z. B. Stödter: Öffentlich-rechtliche Entschädigung S. 13 f; Giese: Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch S. 15, 44 ff) ist heute der Einbau des Aufopferungsanspruches in das System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten ganz überwiegend anerkannt (§ 40 VwGO; BGHZ 20/61 (69); Weimar: Die öffentlich-rechtlichen Entschädigungen S. 9 f; Janssen S. 109; Hans-Jürgen Lange S. 13; Schack a.a.O. - a.A.: OLG Oldenburg in NJW 1963, 2241 unter Bezugnahme auf Burlage a.a.O.)

A. Es besteht kein abschließend gesetzlich geregeltes öffentlich-rechtliches Entschädigungssystem.

Mit Ausnahme der ausgesprochen nachkriegsbedingten Rechtsgebiete, wie z.B. des Lastenausgleichs oder der vom Gesetz zu Art. 131 GG geregelten Fragen, gibt es keinen Problembereich im öffentlichen Recht, zu dem nach dem zweiten Weltkrieg sowohl in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als auch in der Literatur so eingehend Stellung genommen wurde, wie dieses auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Entschädigung geschah [1]. Es würde daher den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, auf alle hierzu vertretenen und oft erheblich von einander abweichenden Ansichten im einzelnen einzugehen [2]. Da das heute - zumindest in der Praxis - als herrschend zu bezeichnende System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten hauptsächlich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [3] erwachsen ist, soll zunächst diese im Zusammenhang dargestellt werden. Die vom Reichsgericht [4], vom Bundesverfassungs- [5] und Bundesverwaltungsgericht [6] sowie die in der Literatur vertretenen abweichenden Ansichten werden demgegenüber nur insoweit Berücksichtigung finden, als es für die Beantwortung der im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu klärenden Frage erforderlich erscheint.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Februar 1952 [7] läßt noch die vom Reichsgericht [8] entwickelten entschädigungsrechtlichen Grundsätze

---

1) Janssen S. 11

2) Hierzu vgl. Haas: System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten; Wilke: Die Haftung des Staates; Janssen: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung; Hans-Jürgen Lange: Die Entschädigung für schuldlos-rechtswidrige Eingriffe des Staates; Greiner: Enteignung, Aufopferungsanspruch und Sozialisierung nach neuem Deutschen Verfassungsrecht.

3) Die Hauptbedeutung kommt hierbei den Entscheidungen des Großen Senats für Zivilsachen zu (BGHZ 6/270 ff; 13/88 ff)

4) Eine - wenn auch nicht ganz vollständige - Zusammenstellung der Rspr. des RG zu diesem Punkt findet sich bei Schack: Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag S. 11 f und S. 16 f

5) BVerfGE 1/278; 2/399; 3/153; 4/219. DVBl 1955/558; Dürig in JZ 1955/521 (522 Anm. 4)

6) BVerwGE 5/143; BVerwG in NJW 1962/2171; Schack in NJW 1963/750

7) BGHZ 5/144

8) vgl. z.B. RGZ 102/390 (391); 113/301 (306); 140/276 (282 ff); 145/107 (111); 156/305 ff

erkennen. In dem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 10. Juni 1952 [1] zeigt sich dann erstmals eine Neugestaltung des überkommenen Systems der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten. Zwar gelten auch nach Meinung des Großen Senats die Grundsätze, welche das Reichsgericht in entsprechender Anwendung der §§ 74, 75 Einl. pr. ALR zu dem sogenannten Aufopferungsanspruch entwickelt hat, gewohnheitsrechtlich weiter. Ihre Anwendung ist hiernach aber auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen es sich nicht um eine "Enteignung im technischen Sinne" [2] handelt. Der Ausgangspunkt für diese Rechtsprechung ist darin zu sehen, daß der Bundesgerichtshof in der Enteignung nur einen, wenn auch den praktisch bedeutsamsten Sonderfall der Aufopferung erblickt [3], der sich durch gesetzgeberische Sonderregelungen [4] herausgebildet hat. Der Begriffsbestimmung der Enteignung kommt somit für die durch die Entscheidung des Großen Senats im System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten vorgenommenen Trennung zwischen Enteignungs- und Aufopferungsansprüchen - zumindest dogmatisch - grundlegende Bedeutung zu. Es ist daher zu begrüßen, daß bereits der o.a. Beschluß des Großen Zivilsenats eine solche Definition enthält [5] [6]. Hiernach ist unter Enteignung ein gesetzlich zulässiger, zwangsweiser staatlicher Eingriff in vermögenswerte Rechte, sei es in der Gestalt der Entziehung oder der Belastung zu verstehen, "der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenze der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich fest-

---

1) BGHZ 6/270 ff
2) BGHZ 6/275, 276
3) BGHZ 9/83 (90); 13/88 (91 und 94)
4) Art. 153, II WeimRVerf; Art. 14, III GG
5) vgl. a.a.O. S. 280
6) Eine kürzere und klarere Definition der Enteignung gibt der Große Senat für Zivilsachen in seinem Beschluß vom 12. April 1954 (= BGHZ 13/88 (90)). Hiernach ist jedem, den einzelnen ungleich belastenden Eingriff von hoher Hand, der sich gegen Vermögenswerte richtet, Enteignungscharakter beizumessen, während bei einer Beeinträchtigung anderer Güter als vermögenswerter Rechte im weiteren Sinne die Grundsätze eingreifen, welche die Rechtsprechung des Reichsgerichts in entsprechender Anwendung der §§ 74, 75 Einl. pr. ALR zu dem Aufopferungsanspruch entwickelt hat. (ebenso: BGHZ 15/17 (20); 15/268 (271); 17/96 (101/102); 19/1 (4); 20/61 (63); 23/235 (240); 24/45 (46); 26/248 (255); 30/123 (125); 31/1 (2); 32/208 (210); 36/379 (388); 37/44 (46))

legt, sondern das aus dem Kreis der Rechtsträger Einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes besonders trifft [1]."

Während sich der Große Senat für Zivilsachen bis zu diesem Teil seiner Entscheidung zumindest ergebnismäßig noch im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts befindet, schlagen die folgenden Ausführungen eine "Bresche" [2] in das überkommene System. Während das Reichsgericht [3] eine Entschädigung für rechtswidrig-schuldlose, dem Gleichheitsgrundsatz widersprechende Eingriffe von hoher Hand in entsprechender Anwendung des § 75 Einl. pr. ALR gewährte, bejaht der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. Juni 1952 auch insoweit den Vorrang der Enteignung. Folgerichtig entzieht er daher das rechtswidrig-schuldlose hoheitliche Handeln auf vermögensrechtlichem Gebiet dem Aufopferungsanspruch und ordnet es in entsprechender Anwendung des Art. 14, III GG als "enteignungsgleichen Eingriff" dem Enteignungsrecht zu [4]. Er führt hierzu u.a. aus:
"Es ist aber geboten, unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre eines einzelnen dann wie eine Enteignung zu behandeln, wenn sie sich für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden, und wenn sie in ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben. Die Beschränkung des Tatbestandes der Enteignung in Art. 153 WeimRVerf und in Art. 14 GG auf rechtmäßige Eingriffe des Staates bedeutet ihrem Sinn nach eine Beschränkung für die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines solchen Eingriffs, nicht aber eine Beschränkung für die Zubilligung eines Entschädigungsanspruches."

Zur Begründung der Möglichkeit einer analogen Anwendung des Art. 14, III GG weist der Bundesgerichtshof auf die "überzeugenden Ausführungen" des Reichsgerichts [5] zur Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 75 Einl. pr. ALR bei unrechtmäßigen - schuldlosen Eingriffen hin. Vom Reichsge-

---

1) Unter Berücksichtigung dieser Definition ungenau sind daher die Entscheidungen des BGH in BGHZ 8/273 (berichtigt in BGHZ 23/157 (161)); 16/366 und in NJW 1956/469
2) Wolff Stu. Bd. I § 67, I, a (4. Aufl.)
3) RGZ 140/276 (281 ff)
4) BGHZ 6/290, 291
5) RGZ 140/276 (283)

richt wurde hierzu ausgeführt, "... es würde zu einem widersinnigen Ergebnis führen, dem Geschädigten, der von der Obrigkeit zufolge ihrer Machtbefugnis zur Aufopferung von Rechten zum Wohl der Allgemeinheit gezwungen worden ist, die im § 75 Einl. pr. ALR vorgesehene Entschädigung dann zu versagen, wenn sich die Obrigkeit über ihre gesetzliche Befugnisse geirrt, die von ihr vorgenommene Handlung aber dem Staat oder dem sonstigen öffentlich-rechtlichen Verband den erstrebten Vorteil erbracht hat." [1)]

Diese Abweichung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von dem vom Reichsgericht entwickelten System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten setzte dann der III. Zivilsenat mit seiner Entscheidung vom 16. Oktober 1952 [2)] konsequent fort, indem er einen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nicht nur bei rechtswidrig-schuldlosen, sondern "erst recht" bei rechtswidrig-schuldhaften enteignungsgleichen Eingriffen von hoher Hand gewährte. Dabei ging der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bei dieser Entscheidung allerdings nicht auf das Verhältnis zwischen dem Anspruch aus rechtswidrig-schuldhaftem enteignungsgleichem Eingriff und der durch § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG begründeten Amtshaftung ein. Die Klärung dieses Verhältnisses erfolgte, ebenso wie die Beantwortung der Frage, ob der Anspruch aus rechtswidrig-schuldhaftem enteignungsgleichem Eingriff als anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. des § 839, I, 2 BGB anzusehen sei, erst durch Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 12. April 1954 [3) 4)]. Die Leitsätze dieser Entscheidung sollen wegen ihrer grundlegenden Bedeutung hier wörtlich zitiert werden.

"1. Bei einem schuldhaft rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff kann neben einem etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB i. Verb. m. Art. 153 WeimRVerf oder Art. 14 GG ein nach Enteignungsrecht zu beurteilender Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden.

---

1) ebenso BGHZ 13/88 (93)
2) BGHZ 7/296 (297)
3) BGHZ 13/88 ff
4) Diese Entscheidung erging gem. § 137 GVG auf Vorlage des III. Zivilsenats, der hierbei eine seiner o. a. Ansicht entgegengesetzte Meinung vertrat (vgl. BGHZ 13/88 (91))

2. In diesen Fällen kann die aus Amtspflichtverletzung in Anspruch genommene öffentlich-rechtliche Körperschaft den Geschädigten nicht auf den Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff als eine anderweitige Ersatzmöglichkeit gem. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB verweisen."

Seine im ersten Leitsatz zusammengefaßte Ansicht begründet der Große Senat für Zivilsachen im wesentlichen damit, daß das bei einer Amtshaftung erforderliche Verschulden sowohl außerhalb des Rechtsbegriffs der Enteignung als auch der Aufopferung liege, da es sich hierbei um im Verursachungsgedanken wurzelnde Entschädigungsansprüche handele. Für einen unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz mit einem Sonderopfer Belasteten sei es außerdem wirkungsmäßig gleich, ob es sich um einen rechtmäßigen, rechtswidrig-schuldlosen oder rechtswidrig-schuldhaften enteignungsgleichen Eingriff handele. Zur Gewährleistung einer daher erforderlichen Gleichbehandlung müsse ein Nebeneinander von Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüchen bejaht werden.

Die Begründung des zweiten Leitsatzes entnimmt der Große Senat aus dem Sinn und Zweck der im § 839, I, 2 BGB enthaltenen Verweisungsmöglichkeit. Hierzu weist er mit Recht darauf hin, daß die sachliche Rechtfertigung, den Geschädigten in einem Amtshaftungsprozeß auf anderweitige Ersatzmöglichkeiten zu verweisen, nur aus dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst weitgehenden Entlastung der öffentlichen Hand entnommen werden könne. Es entspreche daher nicht dem Sinn und Zweck des § 839, I, 2 BGB, wenn der Dienstherr des schuldhaft handelnden Beamten den Geschädigten auf einen Entschädigungsanspruch verweisen könne, der gleichfalls aus öffentlichen Mitteln zu befriedigen sei. Mit einer derartigen Verweisungsmöglichkeit sei nämlich in keinem Fall eine Entlastung der öffentlichen Hand zu erreichen.

Unter Berücksichtigung der o.a. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, insbesondere der beiden Beschlüsse des Großen Senats für Zivilsachen [1] lassen die öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten somit heute folgende systematische Unterteilung erkennen:

---

1) BGHZ 6/270 ff; 13/88 ff

A. Hoheitlicher rechtmäßiger Eingriff

I. in vermögenswerte Rechte

= Entschädigung

a) gem. den auf Teilgebieten getroffenen gesetzlichen Regelungen (vgl. z.B. §§ 93 ff BBauG) oder

b) gem. Art. 14, III GG

II. in nicht vermögenswerte Rechte (z.B. Leben, Gesundheit, Freiheit)

= Entschädigung

a) gem. den auf Teilgebieten getroffenen gesetzlichen Regelungen (vgl. z.B. §§ 51 ff BSeuchenG) oder

b) gem. dem aus §§ 74/75 Einl. pr. ALR entstandenen Gewohnheitsrecht

B. Hoheitlicher rechtswidriger

1. schuldloser Eingriff

I. in vermögenswerte Rechte

= Entschädigung

a) gem. den auf Teilgebieten getroffenen gesetzlichen Regelungen (vgl. z.B. § 42, I, b OBG NRW) oder

b) in entsprechender Anwendung des Art. 14, III GG

II. in nichtvermögenswerte Rechte (z.B. Leben, Gesundheit, Freiheit)

= Entschädigung

a) gem. den auf Teilgebieten getroffenen gesetzlichen Regelungen (vgl. z.B. Gesetz, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898; Gesetz, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904; § 42, I, b OBG NRW) oder

b) in entsprechender Anwendung des aus §§ 74, 75 Einl. pr. ALR entstandenen Gewohnheitsrechtes [1)]

---

1) Die analoge Anwendung der Enteignungs- bzw. Aufopferungsregeln auf rechtswidrig-schuldlose Eingriffe von hoher Hand wird auch in der Literatur als der Billigkeit entsprechend nahezu allgemein anerkannt (Forsthoff LB § 17 Anm. 4; Maunz Stud. § 19, IV, 1; Hamann in NJW 1952/1176 (1177); Lerche in JuS 1961/237 (240); Scheuner in JuS 1961/243 (246). Teilweise wird hierbei allerdings an der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ

2. schuldhafter Eingriff

I. in vermögenswerte Rechte

= Anspruchskonkurrenz zwischen

a) Amtshaftung (§ 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG) und

b) den auf Teilgebieten getroffenen gesetzlichen Regelungen (vgl. z. B. §§ 42, I, b; 43, V OBG NRW) bzw. der Entschädigung in entsprechender Anwendung des Art. 14, III GG.

II. in nichtvermögenswerte Rechte

= Anspruchskonkurrenz zwischen

a) Amtshaftung (§ 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG) und

b) den auf Teilgebieten getroffenen gesetzlichen Regelungen (vgl. z. B. Gesetz, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898; §§ 42, I, b; 43, V OBG NRW) bzw. der Entschädigung in entsprechender Anwendung des aus §§ 74, 75 Einl. pr. ALR abgeleiteten gewohnheitsrechtlichen Satzes [1) 2)]

140/276 (283)) festgehalten und ein Anspruch für rechtswidrig-schuldloses hoheitliches Handeln auch auf vermögensrechtlichem Gebiet in analoger Anwendung des § 75 Einl. pr. ALR gewährt (Wolff: Stu. Bd. I §§ 60 Anm. I, c und 66 Anm. II, b (6. Aufl.); Schack: Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag S. 35; ders. in JZ 1956/425; Haas in MDR 1952/648 (649); a. A.: Dürig in JZ 1955/521 (524)).

1) Die Ausdehnung des "enteignungs- bzw. aufopferungsgleichen Eingriffs" auf rechtswidrig-schuldhaftes hoheitliches Handeln wird wegen der insoweit vorhandenen gesetzlichen Regelung der Amtshaftung (§ 839 BGB/Art. 34 GG) in der Literatur zum größten Teil abgelehnt (Forsthoff LB § 17 Anm. 4; Wolff Stu. Bd. I § 66 Anm. I, c, 2 (6. Aufl.); Maunz § 19 Anm. IV; Schröer in JZ 1955/308; Pagendarm in DÖV 1955/520; Kreft in DÖV 1955/517 (518, 519); Dürig in JZ 1955/521 (523); Stödter in DÖV 1953/136 (141); Scheuner in DÖV 1955/545 (547/548); Haas: System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten S. 54; weitere Fundstellen: Lerche in JuS 1961/238 Anm. 8; a. A.: (d. h. wie der BGH) W. Jellinek in JZ 1955/147 (149); Schack: Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag S. 33; Wilke S. 39 f; Janssen: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung S. 124 ff; Bögner in DVBl 1953/357 (358); Bettermann: Grundrechte Bd. III/2 S. 856; Lerche in JuS 1961/237 (241, 242)).
Dem sehr eingehend begründeten Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 12. April 1954 (= BGHZ 13/88) dürfte aber zuzustimmen sein. Die Gleichheit der Opferlage verlangt nämlich eine entschädigungsrechtliche Gleichbehandlung sowohl der rechtmäßigen als auch der rechtswidrig-schuldlosen und rechtwidrig-schuldhaften Eingriffe von hoher Hand. Einer solchen

Gleichbehandlung steht auch nicht die Bestimmung des § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG entgegen. Hierbei handelt es sich nämlich nicht wie dieses überwiegend in der Literatur behauptet wird (vgl. z.B. Wolff a.a.O.), um eine lex specialis gegenüber dem aus analoger Anwendung der Aufopferungs- bzw. Enteignungsregeln abgeleiteten Entschädigungsanspruch für rechtswidrig-schuldhafte hoheitliche Eingriffe. Dieses zeigt sich einmal darin, daß die Amtspflichtverletzung nicht notwendig alle Begriffsmerkmale eines "enteignungsgleichen Eingriffs" erfüllt. Spezialität setzt aber voraus, daß das verdrängende Gesetz sämtliche Merkmale der allgemeinen Norm enthält und dieser nur ein besonderes Merkmal hinzufügt (BGHZ a.a.O. S. 95). Für ein Nebeneinander beider Ansprüche spricht aber am überzeugendsten die vom BGH a.a.O. S. 92 angeführte Tatsache, daß der Aufopferungs- bzw. Enteignungsanspruch im Verursachungsgedanken wurzelt, während § 839 BGB/ Art. 34 GG eine Verschuldenshaftung darstellen. Beide Ansprüche liegen somit auf einer "anderen Ebene" (Wohlfarth in JR 1935/73 (80)) und schließen sich daher gegenseitig nicht aus.

2) Da Verletzungen von Vermögensrechten oder z.B. der körperlichen Integrität auch durch Handlungen hervorgerufen werden können, die keinen "Eingriff", d.h. keine gezielte Willenshandlung darstellen, sondern sich aus einer außergewöhnlichen Gefahrenlage ergeben, die durch behördliche Tätigkeiten, Anordnungen oder Einrichtungen hervorgerufen wurde (als Beispiele vgl. die den Entscheidungen RGZ 17/103; 58/130; 70/150; BGHZ 16/366; 20/81; 37/44; OLG Schleswig in NJW 1951/605; LG Kiel in NJW 1957/994 zugrundeliegenden Sachverhalte), hält Forsthoff (LB § 18) das o.a. vom Bundesgerichtshof entwickelte Entschädigungssystem für zu eng, um allen abgeltungsbedürftigen Schadensfällen gerecht werden zu können. Er hält es daher für geboten, die "Gefährdungshaftung" als ein selbständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts anzuerkennen. Ihre Stütze sieht Forsthoff (aaO) S. 319) in den "allgemeinen Grundsätzen des Entschädigungsrechts, wie sie in der Rechtsprechung und Literatur zu Enteignung und Aufopferung entwickelt worden sind (zustimmend: Wilke: Die Haftung des Staates S. 54 ff). Abgelehnt wird diese Konstruktion einer öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung von Wolff Stu. Bd. I § 66 Anm. II, c (6. Aufl.); Weimar in JR 1958/96; Scheuner in DÖV 1955/545; Schack in DÖV 1961/728 (729); Hans-Jürgen Lange S. 38 f; Diese Ablehnung läßt sich daraus erklären, daß die Vertreter dieser Ansicht die Entschädigungspflicht des Staates für rechtwidrig-schuldloses hoheitliches Handeln aus analoger Anwendung des Aufopferungsanspruches bejahen und hierfür den Anlaß allein in der ungleichen Belastung sehen, nicht aber einen gezielten Eingriff des Staates erfordern (vgl. Wolff a.a.O.) Die von Forsthoff vertretene Ansicht ist sicherlich insofern richtig, als bei Beschränkung der Entschädigungspflicht des Staates auf gezielte Eingriffe eine Reihe von Schädigungen entschädigungslos blieben, deren Nichtbeachtung mit einem Rechtsstaatsdenken nicht zu vereinbaren wäre. Auch der Bundesgerichtshof hat daher in einer Reihe von Entscheidungen (vgl. z.B. BGHZ 23/157 (161 ff); 30/241; 37/44; MDR 1958/587; NJW 1959/1776 und 1916) die Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff nicht mehr von einem gezielten Eingriff abhängig gemacht. In diesen Entscheidungen ist aber keine grundsätzliche Abkehr von der den Beschlüssen des Großen Zivilsenats (BGHZ 6/270; 13/88) zugrundeliegenden Auffassung zu sehen. In den Zeitraum, in dem die o.a. Entscheidungen ergingen, fallen nämlich

Wie dieses System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten zeigt, besteht nur hinsichtlich der Entschädigung für rechtmäßige hoheitliche Eingriffe eine umfassende gesetzliche Regelung. Mit Ausnahme einiger auf Teilgebieten getroffener Regelungen fehlt es aber an unmittelbaren gesetzlichen Bestimmungen für rechtswidrig-schuldlose hoheitliche Maßnahmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [1] fehlt es hieran auch auf dem Gebiete

---

auch Urteile, in denen der Bundesgerichtshof eine Entschädigung wegen Fehlens eines gegen den Geschädigten gerichteten Eingriffs versagte (BGHZ 23/235 (240); 31/1).
Trotz dieser hierdurch dokumentierten Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wurde der vorliegenden Untersuchung dennoch allein die in den Entscheidungen des Großen Senats für Zivilsachen zum Ausdruck gekommene Ansicht zugrundegelegt, zumal bei einem allgemeinen Verzicht auf einen gezielten Eingriff "alle Fernwirkungen von hoheitlichen Eingriffen in das Vermögen potentielle Enteignungen darstellen würden, wodurch aber der Tatbestand der Enteignung unübersehbar und der damit gewährte verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums die Grenze des wirtschaftlich Möglichen überschreiten würde." (Reismüller in JZ 1960/122; Bettermann in MDR 1957/673) Eine Enteignungsentschädigung wäre dann nämlich in allen Fällen zu leisten, in denen der Staatsbürger durch einen, wie auch immer gearteten Eingriff unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes einen Vermögensschaden erlitten hätte (Wilke S. 52, 53). Zwar soll nicht verkannt werden, daß zumindest ein Teil der nicht auf einen gezielten hoheitlichen Eingriff zurückzuführenden Schäden aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten erstattungspflichtig erscheint, aus den obigen Bedenken läßt es sich aber nur rechtfertigen, daß solche Schäden durch gesetzliche Regelungen auf Einzelgebieten als entschädigungspflichtig anerkannt werden.

1) Auf die Gegensätze zwischen der Enteignungsrechtsprechung des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts zu den entsprechenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs braucht bei der vorliegenden Untersuchung nicht näher eingegangen zu werden, da sie für die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen eines abschließend gesetzlich geregelten öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems ohne Bedeutung sind. So besteht der Unterschied zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs nur hinsichtlich der Frage, ob Art. 14 GG außer privaten auch öffentliche subjektive Rechte gewährleistet (BVerfGE 1/278; 2, 399; 4/219 ; BGHZ 6/270; 15/17).
Zwischen Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht besteht in der Enteignungsrechtsprechung der Gegensatz darin, daß das Bundesverwaltungsgericht in der Erheblichkeit und Tragweite des schädigenden Eingriffs das Kriterium des Enteignungsbegriffes sieht, während der Bundesgerichtshof das entscheidende Kriterium für das Vorliegen einer Enteignung in der Auferlegung eines besonderen, d.h. nicht alle gleichmäßig, sondern nur einzelne oder auch nur einen verhältnismäßig engen Kreis von einzelnen treffendes Opfer erblickt (BVerwGE 5/143; BVerwG in NJW 1962/2171; BGHZ 6/270).

rechtswidrig-schuldhafter hoheitlicher Eingriffe. Gem. dieser Ansicht steht neben dem auf § 839 BGB i. Verb. m. Art. 34 GG beruhenden Schadensersatzanspruch in Anspruchskonkurrenz ein Entschädigungsanspruch der aber nur auf Teilgebieten eine gesetzliche Regelung gefunden hat.

Ein abschließend gesetzlich geregeltes System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten steht einer analogen Anwendung des "Gesetzes, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen" bei der Beantwortung der mit der vorliegenden Untersuchung zu klärenden Frage somit nicht entgegen. Bei einer Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren erging das aufgehobene Urteil zu Unrecht [1], so daß es sich bei den hierdurch evtl. ausgelösten Ansprüchen stets um solche für rechtswidrige, regelmäßig schuldlose gerichtliche Entscheidungen handelt.

B. Art. 14, III GG und §§ 74/75 Einl. pr. ALR analog vermögen die im öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystem für erfüllte Bewährungsleistungen vorhandene Lücke nicht auszufüllen.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, steht ein abschließend gesetzlich geregeltes System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten einer analogen Anwendung des "Gesetzes, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen" auf erfüllte Bewährungsleistungen nicht entgegen. Einer solchen Anwendung entgegenstehen könnte aber die Möglichkeit, die insoweit vorhandene Lücke durch analoge Anwendung des Art. 14 III GG bzw. der §§ 74, 75 Einl. pr. ALR auszufüllen.

Eine solche analoge Anwendung des Art. 14 III GG bzw. der §§ 74, 75 Einl. pr. ALR setzt zunächst voraus, daß durch eine unrichtige strafrichterliche Entscheidung überhaupt ein enteignungsgleicher - bzw. Aufopferungstatbestand geschaffen werden kann.

Für eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen könnte die Tatsache sprechen, daß weder Art. 14 III GG noch die §§ 74, 75 Einl. pr. ALR darauf abstellen,

---

1) Goldschmidt in Festausgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke Bd. III S. 109 (116 f); W. Jellinek: Verwaltungsrecht § 14, II; Rosenfeld in Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages Bd. I S. 1141 (1175);
a. A.: Pieper S. 12

welches Organ des Staates den enteignenden Eingriff vornimmt. Hieraus folgt indes nur, daß eine Eigentumsentziehung mit enteignendem Charakter diesen nicht dadurch ändert, daß ein Gericht das Eigentum entzogen hat [1]. Nicht beantwortet werden kann mit diesem Argument aber die ausschlaggebende Frage, ob durch eine unrichtige richterliche Entscheidung ein enteignungsgleicher- bzw. Aufopferungstatbestand begründet werden kann. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage in seinem Urteil vom 19. Februar 1962 [2] verneint. Anknüpfend an seine Entscheidungen vom 19. Februar 1953 [3] und 25. Januar 1955 [4], in denen er herausgestellt hatte, daß von einer Aufopferung nur dann gesprochen werden könne, wenn dem Betroffenen ein ihn "ungleich treffendes Sonderopfer" abverlangt worden sei, begründet er seine Auffassung wie folgt:

"Daß bei einem streitentscheidenden Erkenntnisverfahren objektiv unrichtige Richtersprüche ergehen können, ist niemals völlig auszuschließen, da dem menschlichen Erkenntnisvermögen von der Natur her Grenzen gesetzt sind. Aber auch solche objektiv unrichtigen Richtersprüche werden "rechtskräftig" und müssen "von Rechts wegen" von dem Staatsbürger hingenommen werden, es sei denn, daß ihre Beseitigung im Wege eines gesetzlichen Rechtsmittels oder im Fall ihrer Rechtskraft durch ein gesetzlich für zulässig erklärtes und besonders geregeltes Wiederaufnahmeverfahren vorgesehen und möglich ist, weil anders der für ein geordnetes Zusammenleben der menschlichen Gemeinschaft und des einzelnen Staatsvolkes notwendige Rechtsfrieden nicht herbeigeführt und gewahrt werden kann. Dieser sonach jeder Rechtsordnung innewohnenden Forderung, sich den gerichtlichen Erkenntnisverfahren und den in ihnen durch Richter ergehenden Urteilen oder urteilsvertretenden Entscheidungen zu beugen, ist jeder Bürger unterworfen, auch wenn dabei im Einzelfalle seine Einzelrechte und -interessen Nachteile erleiden. Insoweit besteht eine jeden Staatsbürger treffende allgemeine Gefahren- und damit "Opferlage", so daß auch der objektiv unrichtige richterliche Urteilsspruch mit dem damit etwa verbundenen Eingriff in die Rechte des Einzelnen sei es auch in die körperliche Unversehrtheit oder in die Freiheit, nicht ein den Einzelnen ungleich treffendes Sonderopfer darstellt. Dieses "Opfer" unterscheidet sich nicht von dem, was jeder andere auch erbringen muß, dessen Rechte durch ein objektiv unrichtiges Urteil

1) Stree: Deliktsfolgen S. 134
2) NJW 1962/1500 (1505)
3) BGHZ 9/83 (86/87)
4) BGHZ 17/172 (173)

und die dem Gemeininteresse dienende Rechtskraft dieser Entscheidung verkürzt werden.
Das hat zur Folge, daß in den Fällen von Nachteilen infolge objektiv unrichtiger Urteile ein Aufopferungsanspruch zugunsten des durch den Urteilsspruch nachteilig betroffenen Einzelnen grundsätzlich nicht besteht."

Diese Argumentation vermag indes nicht restlos zu überzeugen. Unberücksichtigt bleibt in dem Urteil des Bundesgerichtshofs die Überlegung, ob eine richterliche Entscheidung nicht zumindest dann ein Sonderopfer darstellt, wenn sie durch eine andere richterliche Entscheidung, d.h. im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben wird [1]. Überzeugender sind demgegenüber die sich aus § 839, II BGB gegen die analoge Anwendung des Art. 14, III GG bzw. §§ 74, 75 Einl. pr. ALR auf richterliche Entscheidungen ergebenden Bedenken. In § 839, II BGB hat der Gesetzgeber im Interesse des Rechtsfriedens eine Bestimmung geschaffen, die es verhindern soll, daß die Richtigkeit eines Urteils im Wege eines Amtshaftungsprozesses nachgeprüft wird [2]. Zu einer solchen Nachprüfung würde es aber auch dann kommen, wenn man einem Verurteilten einen Entschädigungsanspruch aus Art. 14, III GG bzw. §§ 74, 75 Einl. pr. ALR analog zugestehen wollte. Die gleichen Gründe, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 839, II BGB bewogen haben, sprechen daher dagegen, einem Verurteilten einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder aus Aufopferung zuzubilligen. Man würde ihm sonst hierdurch eine neue Rechtsmittelinstanz verschaffen, in der er das strafrichterliche Urteil in tatsächlicher Hinsicht auf seine Rechtmäßigkeit nachprüfen lassen könnte [3].

Gegen die Annahme, ein unrichtiges Urteil könne einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff auslösen, spricht ferner, daß einem hoheitlichen Eingriff ein solcher Entschädigungsanspruch nur dann folgt, wenn der Eingriff für den Fall seiner gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach seinem Inhalt wie auch nach seiner Wirkung als eine Enteignung angesprochen werden könnte [4]. Ein richtiges Strafurteil kann aber niemals zu einer Enteignung führen [5], ein un-

---

1) Lewald in NJW 1962/1501
2) Stree: Deliktsfolgen S. 135
3) Arndt in NJW 1957/857
4) BGHZ 30/123 (125); 32/208 (210/211)
5) vgl. Art. 14, III, 2 GG, der bestimmt: "Sie (die Enteignung) darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.

richtiges daher auch keine Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff auslösen.
Art. 14, III GG und §§ 74, 75 Einl. pr. ALR analog vermögen die im öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystem für erfüllte Bewahrungsauflagen vorhandene Lücke somit nicht auszufüllen.

C. Die Rechtsnatur der Bewährungsleistungen rechtfertigt eine analoge Anwendung des Entschädigungsgesetzes.

Auf S. 6 ff wurde nachgewiesen, daß ein abschließend gesetzlich geregeltes öffentlich-rechtliches Entschädigungssystem einer analogen Anwendung des Entschädigungsgesetzes auf erfüllte Bewahrungsleistungen nicht entgegensteht. Auch konnte durch eine entsprechende Anwendung des Art. 14 III GG bzw. der §§ 74, 75 Einl. pr. ALR die mit der vorliegenden Untersuchung zu klärende Frage nicht beantwortet werden. Es bleibt zur Begründung einer Entschädigungspflicht des Staates nach Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren für rechtswidrig-schuldlos bzw. -schuldhaft auferlegte Bewahrungsleistungen durch eine analoge Anwendung des Entschädigungsgesetzes somit zu untersuchen, ob durch dieses Gesetz ein Tatbestand geregelt wird, der in den "juristisch relevanten Stücken" [1] mit dem der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegenden Tatbestand übereinstimmt, d.h. ihm rechtsähnlich ist.

Da im Entschädigungsgesetz Regelungen für zu Unrecht auferlegte Strafen bzw. Maßregeln der Sicherung und Besserung getroffen worden sind, wäre eine solche Rechtsähnlichkeit dann zu bejahen, wenn der Nachweis geführt werden könnte, daß die Bewährungsauflagen in ihrer Rechtsnatur entweder den Strafen oder den Maßregeln der Sicherung und Besserung wesensverwandt sind.

Als der deutsche Bundestag 1953 in seiner 273. Sitzung [2] den Entwurf zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes und in seiner 280. Sitzung [3] den Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes, deren Kernstücke die Ein-

1) v. Tuhr AT Bd. I Einl. VIII; Roediger S. 22
2) Verhandlungen des Deutschen Bundestages I. Wahlperiode 1949. Stenographische Berichte Bd. 16 S. 13537 ff
3) Verhandlungen des Deutschen Bundestages I. Wahlperiode 1949. Stenographische Berichte Bd. 17 S. 14073

führung bzw. Wiedereinführung der Strafaussetzung zur Bewährung waren, annahm und der Bundesrat am 3. Juli 1953 [1] diesen Entwürfen zustimmte, konnte der Gesetzgeber sowohl auf jahrzehntelange Diskussionen in Deutschland über das Für und Wider dieser Einrichtung zurückblicken als auch zahlreiche durch rechtsvergleichende und statistische Arbeiten gewonnene Ergebnisse des Auslandes verwerten [2]. Dennoch hat er es zwecks Vermeidung von Widersprüchen bewußt der Rechtsprechung und Lehre überlassen, die mit der Strafaussetzung zur Bewährung zusammenhängenden Fragen durch dogmatische Einordnung der neuen Einrichtung in das deutsche Strafrechtssystem einheitlich zu beantworten [3].

Zu diesem großen Kreis der Probleme, der damit der Rechtsprechung und Lehre zur einheitlichen Klärung überantwortet wurde, gehört u.a. [4] auch die Frage nach der Rechtsnatur der Bewährungsauflagen [5]. Die Beantwortung dieser Frage ist somit kein selbständiges Einzelproblem, wie dieses zunächst den Anschein erweckt, sondern kann nur abhängig von der dogmatischen Einordnung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem erfolgen [6].

Da der Schwerpunkt der gesamten Strafaussetzung zur Bewährung in den Auflagen gefunden werden kann [7], könnte man bei dem Bestreben einer solchen Einordnung daran denken, die Strafaussetzung zur Bewährung zusammen mit

---

1) Sitzungsbericht des Deutschen Bundesrates Nr. 112 S. 344 und 352
2) Nähere Einzelheiten: Thormann S. 89 ff
3) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTG Nr. 3713, I. Wahlp. S. 28); Jagusch in JZ 1953/688; ders. in LK Bem. 1 vor §§ 23-26; Dallinger in JZ 1953/432 (435); Maassen in MDR 1954/1 (2); Bruns in GA 1956/198; Mittelbach in JR 1955/5 (8); Eberh. Schmidt in ZStW 64/1(7); Würtenberger in MDR 1955/9; Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht, Vorwort Schumacher S. 3
4) weitere Beispiele: Bruns in GA 1956/199; Jagusch in JZ 1953/688; Mittelbach in JR 1955/5 (7/8); Maassen in MDR 1954/1(3); Schumacher S. 1; Demski S. 8/9
5) so ausdrücklich: Heller: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 52 Anm. 1
6) Hellmer, a.a.O. S. 65
7) Bruns in GA 1956/209; Hellmer in JZ 1956/715; Jagusch in LK § 24 Anm2; Lackner in JZ 1953/428 (431); Schröder in NJW 1952/10; Welzel LB § 33, I, 4; Kohlrausch-Lange Vorbem. II, 8 vor §§ 23 - 26; Friedlein S. 2

den Auflagen als eine einheitliche Maßnahme anzusehen und den Versuch unternehmen, sie als solche dogmatisch in das Strafrechtssystem einzugliedern [1]. Bei einem solchen Vorgehen bliebe aber unberücksichtigt, daß nach § 24, III, 1 StGB [2] Auflagen nicht zwingend bei jeder Verurteilung unter Strafaussetzung vorgeschrieben sind, also lediglich nicht erforderliche Begleiterscheinungen einer Strafaussetzung zur Bewährung darstellen. Da eine dogmatische Einordnung der Strafaussetzung aber nicht unter Berücksichtigung von Begleiterscheinungen geschehen kann, die nicht in jedem Fall mit der Aussetzung verbunden sind [3] ist es erforderlich, das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung ganz losgelöst von den gem. §§ 24 StGB, 23 JGG und 74, 75 Entw. 1962 nur möglichen Auflagen zu betrachten und es als solches dogmatisch in das deutsche Strafrechtssystem einzugliedern.

Eine solche dogmatische Eingliederung in das deutsche Strafrechtssystem ist aber erst möglich, nachdem zunächst die in den §§ 23 ff StGB, 20 ff JGG und 71 ff Entw. 1962 geregelte Aussetzung zur Bewährung für sich eine klärende Darstellung gefunden hat [4]. Diese setzt ihrerseits aber voraus, daß vorher die Grundformen der Strafaussetzung zur Bewährung und die sie tragenden Prinzipien herausgearbeitet werden [5].

I. Das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung

1. Der kriminalpolitische Grundgedanke

Als in der Mitte des vorigen Jahrhunderts in allen "Kulturstaaten der Erde"[6] im Strafvollzug der Erziehungs- und Besserungsgedanke gegenüber dem rei-

---

1) so Jagusch in JZ 1953/688; Hellmer in JZ 1956/715; Dünnebier in ZStW 72/32 (33); Bruns in GA 1959/193 (201); Baumann in GA 1958/193 (196 ff)
2) Wie § 23, 3 JGG zeigt, ist auch im Jugendgerichtsgesetz die Auflagenerteilung nicht für jeden Fall zwingend vorgeschrieben. Auch die §§ 74, 75 Entw. 1962 beinhalten keinen Zwang zur Auflagenerteilung.
3) so auch Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 148; ferner Demski S. 24; Schumacher S. 28; Hum S. 69
4) Peters: Anm. zum Urteil des BGH vom 14. 6. 1956 in JZ 1957/64
5) Welzel: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Bd. S. 101 (103)
6) Lackner in JZ 1953/428 (429)

nen Abschreckungs- und Vergeltungsstreben immer mehr in den Vordergrund trat [1], konnten die bei der Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen auftretenden schweren Nachteile für die Zukunft des Verurteilten und die sich daraus ergebenden Bedenken nicht mehr allein mit dem Hinweis auf die angestrebte Verbesserung des Strafvollzuges unterdrückt werden [2]. Auch eine solche Verbesserung hätte es nicht verhindern können, daß die Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen dem Verurteilten z. B. die Scheu vor dem Gefängnis und damit vor der Strafvollstreckung ganz allgemein nahm und daher statt bessernd schädigend auf den Betroffenen einwirkte.

Die Wandlung hinsichtlich des den Strafvollzug beherrschenden Grundgedankens und die daraus resultierende Erkenntnis waren somit die Ursache für die um die siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts in einer Reihe von europäischen Staaten und in Amerika einsetzende Reformbewegung, deren gemeinsames Ziel es war, gesetzliche Maßnahmen zu schaffen, mit deren Hilfe die bei der Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen auftretenden Nachteile für den Verurteilten und damit auch für die Allgemeinheit verhindert werden könnten. Während diese Reformbestrebung in den Vereinigten Staaten von Amerika [3] und auf dem europäischen Kontinent z. B. in England [4], Belgien [5] und Frank-

---

1) Noetzel in Handwörterbuch der Kriminologie Bd. I S. 159; Breithaupt in SJZ 1948/373; Eberh. Schmidt in SJZ 1946/209; Würtenberger in MDR 1955/9 (10); Baumann LB § 43 Anm. IV; Prange S. 40; Hartenberg Einl.

2) v. Liszt in VDA Bd. III S. 6

3) Den Anfang machte Massachusetts im Jahre 1869 mit einer gesetzlichen Regelung, die es in bestimmten Fällen ermöglichte, bei Jugendlichen bis zu 17 Jahren die Urteilsfällung nach Schuldigsprechung für eine bestimmte Zeit aufzuschieben und den Jugendlichen unter die Aufsicht eines sog. state agent zu stellen, um ihn hierdurch zu bessern. Diese Möglichkeit wurde dann durch Gesetz vom 28. Mai 1891 (=Act to provide for appontment of probation") den Gerichten aller Staaten gegeben und die Regelung dabei auch auf die Erwachsenen ausgedehnt.
(Nähere Einzelheiten: Thormann S. 56 ff)

4) "Summary jurisdiction act" (1879)
(Nähere Einzelheiten: v. Liszt in VDA Bd. III S. 10 ff; Thormann S. 51 ff)

5) "Loi établissant la libération cobditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal" (31. Mai 1888)
(Nähere Einzelheiten: v. Liszt in VDA Bd. III S. 22 ff; Thormann S. 73 ff)

reich [1] sehr schnell zu einer gesetzlichen Regelung führte, entbrannte in Deutschland zwischen den Vertretern der "modernen -" [2] und den Verfechtern der "klassischen Strafrechtsschule" [3] ein heftiger Kampf für und wider den in anderen Ländern - wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung - bereits gesetzlich geregelten Gedanken einer "bedingten Strafaussetzung zur Bewährung." Diese Kontroverse bewirkte es schließlich, daß Deutschland um die Jahrhundertwende nicht den Vorbildern anderer Länder hinsichtlich der Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung als ein in die Hand des Richters gelegtes Institut folgte, sondern zunächst eine andere Entwicklung nahm [4].

Da auch die seit 1909 ausgearbeiteten Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in denen der Gedanke einer Strafaussetzung zur Bewährung in der Art der im Ausland erfolgreich erprobten Einrichtung Gestalt gewonnen hatte [5], aus den unterschiedlichsten Gründen nicht Gesetz wurden, fand die vor rund hundert Jahren gegen die Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen einsetzende Reformbestrebung in Deutschland ihren, den gesetzlichen Regelungen des Auslandes entsprechenden Abschluß erst 1953 durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz [6] und das Jugendgerichtsgesetz [7], deren Kernstücke die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung waren.

---

1) "Loi sur l'atténuation et l'aggravation des peines" (26. März 1891)
(Nähere Einzelheiten: v. Liszt in VDA Bd. III S. 26 ff; Thormann S. 63 ff)

2) vgl. v. Liszt als Hauptvertreter dieser Richtung in ZStW 9/452 und 737; 10/51; 12/161.

3) vgl. als Vertreter dieser Richtung:
Appelius: Die bedingte Verurtheilung und die anderen Ersatzmittel für kurzzeitige Freiheitsstrafen; ders. in ZStW 12/1 ff; v. Kirchenheim in GS 43/51; ders. in GA 38/12; Wach: Die Reform der Freiheitsstrafe S. 21 - 27

4) Zu Einzelheiten hierüber vgl. S. 42 f

5) vgl. §§ 38 - 41 Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (1908)
§§ 92 - 94 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches (1911)
§§ 74 - 78 Kommissionsentwurf von 1913
§§ 63 - 68 Entwurf von 1919
§§ 40 - 45 Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927
(Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927;
Nähere Einzelheiten: Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 153 f)

6) BGBl I S. 735

7) BGBl I S. 751

Das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung ist somit in allen seinen Erscheinungsformen das Ergebnis einer einheitlichen Reformbestrebung, deren Ziel es war, die Resozialisierung der zu einer kurzen Freiheitsstrafe Verurteilten und eine hierdurch bedingte "Senkung der Gesamtkriminalität" [1] herbeizuführen.

Die Begründung für die Möglichkeit der Erreichung dieses Zieles mit Hilfe der Strafaussetzung zur Bewährung sind unterschiedlicher Art [2]. Sie lassen sich im wesentlichen aber in zwei Gruppen zusammenfassen [3]. So werden einerseits die positiven Wirkungen der Strafaussetzung zur Bewährung und andererseits die negativen Auswirkungen der Vollstreckung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe betont, um die Notwendigkeit der Strafaussetzung zur Bewährung für die Erreichung des gemeinsam angestrebten Zieles zu begründen.

Von denjenigen, welche die positive Auffassung über die Bewährungsaussetzung zur Begründung ihrer Ausführungen heranziehen, wird vorgebracht, die lockende Aussicht auf Straferlaß zwinge den Verurteilten zunächst zu einem einwandfreien Leben während der Bewährungszeit, und die so erzwungene zeitweise Gewöhnung an ein solches Leben führe dann zu einer dauerhaften Besserung [4].

Die diesen positiven Gedanken über die Strafaussetzung zur Bewährung gegenüberstehenden negativen Erwägungen beruhen auf der durch Erfahrung [5] ge-

---

1) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713, I. Wahlp. S. 28);
ähnlich: Schriftl. Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes vom 5. Juni 1953 (BTD Nr. 4437, I. Wahlp. S. 6)

2) Schröder in NJW 1952/6 (9)

3) Demski S. 2

4) Ebermayer in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Br. I S. 554; Noetzel in Handwörterbuch der Kriminologie Bd. I S. 159; BGH in NJW 1955/112(113); BGHSt 9/365 (366); 10/288 (289)

5) Die in Deutschland seit 1882 geführte Kriminalstatistik weist z. B. aus, daß die Zahl der erneut straffällig werdenden Vorbestraften weit über dem Durchschnitt der Gesamtbevölkerung liegt (Breithaupt in SJZ 1948/373).
Diese Statistik veranlaßte den Begründer der "modernen Strafrechtsschule" Prof. Franz v. Liszt in einem Vortrag im Jahre 1900 sogar zu der Behauptung: "Wenn ein Jugendlicher oder ein Erwachsener ein Verbrechen begeht und wir lassen ihn laufen, so ist die Wahrscheinlichkeit, daß er wieder ein Verbrechen begeht, geringer, als wenn wir ihn bestrafen.
(zitiert bei: Eberh. Schmidt: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege S. 395)

wonnenen Erkenntnis, daß kurzfristige Freiheitsstrafen nicht den mit ihr u.a. erstrebten Zweck der Abschreckung sowie der Erziehung und Besserung [1] des Täters garantieren, sondern im Gegenteil oft schwere Gefahren für die Zukunft des Verurteilten und damit für die Allgemeinheit mitsichbringen [2].

Obwohl diese auf Erfahrung gestützte Behauptung über die nachteiligen Wirkungen der Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen sicherlich augenfälliger ist als die positiven Auswirkungen der Strafaussetzung zur Bewährung auf den Verurteilten wird von der überwiegend vertretenen Meinung [3] aber nicht verkannt, daß auch den positiven Wirkungen der Strafaussetzung zur Bewährung ihre selbständige Bedeutung für die Bestimmung des kriminalpolitischen Grundgedankens zukommt, da das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung sowohl einen positiven als auch negativen Zweck erfüllen soll [4].
Von dieser Erkenntnis ausgehend, läßt sich daher zusammenfassend sagen: Ihrem kriminalpolitischen Grundgedanken nach handelt es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um eine den nachteiligen Wirkungen der kurzfristigen Freiheitsstrafenvollstreckung entgegengesetzte Maßnahme (= negativer Zweck), die gegebenenfalls eine individuelle Einwirkung ermöglichen (positiver Zweck) und insgesamt eine Senkung der Gesamtkriminalität herbeiführen soll [5].

---

1) Zum Wesen der Strafe vgl. Schröder in NJW 1952/7; Bruns in GA 1956/226; Lackner in JZ 1953/429; Jagusch in LK Vorbem. II und III zu § 13 m. W. Nachw. aus der Rspr.
2) Kohlrausch-Lange Vorbem. I, 3 vor §§ 23 - 26; Baumann LB § 43, I, 1; BGHSt 6/163 (165); 8/182 (186); BGH in NJW 1955/30 und 996; OLG Stuttgart in NJW 1959/112 (113)
3) v. Liszt in VDA Bd. III S. 5/6; Breithaupt in SJZ 1948/373; Lorenz in JR 1949/393; Nüse in JR 1952/424; Schröder in NJW 1952/9; Amelunxen in DRiZ 1953/148; Becker in NJW 1953/1093; Lackner in JZ 1953 429 ff; Jagusch in JZ 1953/688; Maassen in MDR 1954/1 (4); Hellmer in JZ 1965/715; Preiser in NJW 1956/1222; Sch - Schr. § 23 Anm. II; Dallinger - Lackner Einf. B, II, 2, a; Maurach AT § 64a, I, A; Demski S. 2/3; Schumacher S. 11/12; Prange S. 34 Wilhelm Becker S. 31
4) so ausdrücklich Peters: Anm. zum Urteil des BGH vom 14. 6. 1956 in JZ 1957/64
5) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713 I. Wahlp. S. 28); Schriftl. Bericht über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes (BTD Nr. 4437 I. Wahlp. S. 6) BGH in NJW 1955/996; BGH in JZ 1957/63

2. Die Möglichkeiten der praktischen Verwirklichung dieses kriminalpolitischen Grundgedankens

Wie die gesetzlichen Regelungen in den verschiedenen Ländern zeigen [1], kann die praktische Verwirklichung dieses kriminalpolitischen Grundgedankens in unterschiedlichster Weise geschehen. Diese rein äußerlich oft sehr von einander abweichend erscheinenden Regelungen lassen sich aber auf drei Grundformen zurückführen [2]. Der Eindruck, daß es sich bei den gesetzlichen Regelungen um weitaus mehr unterschiedliche Wege zur Erreichung des einheitlichen kriminalpolitischen Zieles der Strafaussetzung zur Bewährung handelt, erwächst allein daraus, daß die drei Grundformen sich in der Gesetzgebungspraxis nicht alternativ und einander ausschließend gegenüberstehen, sondern zumeist in Mischformen von unterschiedlicher Prägung auftreten [3].

Da den unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen der Strafaussetzung zur Bewährung im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aber nur insofern Bedeutung zukommt, als sie den Ausgangspunkt für eine klärende Darstellung und Einordnung des Instituts der Strafaussetzung auf Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem bilden sollen, können die folgenden Ausführungen auf die drei Hauptformen der Strafaussetzung zur Bewährung beschränkt werden.

Hierbei handelt es sich um das in Belgien und Frankreich entwickelte System des "sursis", das dem angelsächsischen Rechtskreis entstammende System der "probation" und das in einigen Ländern des europäischen Kontinents [4] einge-

---

1) Deutschland: §§ 23 ff StGB; 20 ff JGG
England: §§ 3 ff CJA 1948
Frankreich: Art. 734 - 747 C. p. p.
Italien: Art. 163 ff StGB vom 19.10.1930
Österreich: Gesetz über die bedingte Verurteilung (RGBl 1949 Nr. 277) i. d. F. des Geschwornengerichtsgesetzes und der Strafprozeßnovelle 1952
Schweden: Gesetz über bedingte Verurteilung vom 22.6.1939 (ZStW 60/575)
Schweiz: Art. 41 StGB vom 21.12.1937 i. d. Fassung vom 5.10.1950

2) Noetzel in Handwörterbuch der Kriminologie Bd. I S. 159; Schröder in NJW 1952/6 (7); Sch-Schr. § 23 Anm. I; Dallinger-Lackner Vorbem. 2 zu § 20 JGG; Schwarz-Dreher Vorbem. 2, A zu §§ 23 bis 26; Demski S. 4 ff; Prange S. 35 ff und S. 56 ff

3) Schröder in NJW 1952/6 (8); Demski S. 4 und 6

4) Schweiz, Österreich, die nordischen Staaten und seit 1931 Italien (Schröder in NJW 1952/7)

führte System des "bedingten Straferlasses" [1].

a) Das belgisch-französische System des "sursis"

Das System des "sursis" bedeutet in seiner ursprünglichem Form [2] die durch zeitliche Bewährung negativ bedingte Verurteilung, wobei die Vollstreckung während der Dauer der Bewährungsfrist ausgesetzt bleibt [3]. Kennzeichnend für das System des "sursis" ist der Wegfall des Gesamturteils nach Ablauf der Bewährungsfrist ohne Beanstandung. Es fällt also nicht nur die Vollstreckung der Strafe weg, sondern das ganze Urteil wird hinfällig. Der Tätet gilt als niemals vorbestraft [4].

Der "sursis" ist demnach die bedingte Verurteilung im wahrsten Sinne des Wortes; denn der Bestand des Urteils ist in seiner Schuld- und Straffeststellung allein von der Bewährung des Täters abhängig. In der ursprünglichen Form dieses Systems wurde von jeder Beaufsichtigung des Verurteilten abgesehen. Ebenso wie eine "Schutzaufsicht" [5] war auch die Auferlegung von Pflichten während der Bewährungszeit zunächst unbekannt [6].

---

1) Die "bedingte Strafaussetzung", die von Noetzel in Handwörterbuch der Kriminologie Bd. I S. 159 als selbständige Grundform der Strafaussetzung zur Bewährung dargestellt und von Prange S. 35 sowie von Junker in ZStW 63/428 gleichbedeutend mit dem "bedingten Straferlaß" behandelt wird, weicht vom "bedingten Straferlaß" im eigentlichen Sinne des Wortes insofern ab, als hierbei zunächst nur die Strafaussetzung beschlossen und erst nach erfolgreicher Probezeit der Straferlaß besonders angeordnet wird, während beim "bedingten Straferlaß" Strafaussetzung und Straferlaß gleichzeitig beschlossen werden, wobei der Straferlaß allerdings an die Bedingung der Bewährung geknüpft ist (Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 129 ff; Dallinger-Lackner Vorbem. 2, c zu § 20 JGG). Nicht in diesem eigentlichen Sinne aber soll der Begriff "bedingter Straferlaß" an der vorliegenden Stelle verstanden werden, sondern vielmehr als Sammelbegriff für die "bedingte Strafaussetzung" und den "bedingten Straferlaß" im engeren Sinne.

2) vgl. belg. Gesetz vom 31. Mai 1888 (Text: Bl. f. Gefängniskunde Bd. 34/67 ff); franz. Gesetz vom 26. März 1891 (Grünhut in ZStW 64/127)

3) Schröder in NJW 1952/7; Demski S. 5/6

4) vgl. z. B. im heute geltenden französischen Recht Art. 736, II; 743, I; 745 C. p. p.

5) Schröder in NJW 1952/7; Demski S. 5/6; Prange S. 35

6) Im heutigen französischen Recht (vgl. Art. 734 - 747 C. p. p.) unterscheidet man dagegen zwischen einfacher Strafaussetzung zur Bewährung (sursis simple) und der mit Stellung unter Bewährungsaufsicht (sursis avec mise a l'épreuve) (Götz in JZ 1960/161).

b) Der "bedingte Straferlaß" [1]

Im Gegensatz zu diesem völligen Wegfall des Urteils bei der Bewährung des Verurteilten kann sich der Täter beim "bedingten Straferlaß" nur von der Vollstreckung der Strafe befreien. Die Verurteilung als solche erfolgt unbedingt und bleibt auch nach Bewährung bestehen [2]. Der Täter ist und bleibt vorbestraft [3].

c) Das anglo-amerikanische probation-System

Die Form der Aussetzung zur Bewährung, wie sie im anglo-amerikanischen Rechtskreis geregelt ist [4], konnte sich in ihrer, von den beiden in ihren Grundzügen geschilderten Systemen erheblich abweichenden Art nur auf Grund der allein [5] in dieser Rechtsordnung möglichen Trennung zwischen Schuldspruch (conviction) und Strafaussetzung (sentence) herausbilden [6]. Diese Trennungsmöglichkeit wird nämlich dazu benutzt, den "Arm der Strafrechtspflege früher aufzuhalten" [7], als dieses bei den beiden anderen Systemen geschieht, die ihren Abschluß in einem normalen Urteil finden. Aus dem Bemühen heraus, einen straffällig gewordenen Menschen nach Möglichkeit vor dem Strafmakel zu bewahren, erfolgt daher gegenüber einem Täter, dem man "probation" [8] zubilligen will, nur der Schuldsprach (conviction). Die Entscheidung über das Strafmaß (sentence) wird zur Bewährung ausgesetzt. Diese Bewährung bedeutet für den Probanden aber nicht nur straffreie Führung während der Bewährungszeit, wie dieses bei den übrigen Systemen zumindest in ihren ursprünglichen

---

1) vgl.
2) Schröder in NJW 1952/7; Demski S. 6; Prange S. 35
3) Es besteht allerdings im Rahmen dieses Systems die Möglichkeit, gesetzlich eine erleichterte Tilgung im Strafregister zu schaffen (vgl. z.B. §§ 25, I, 2 StGB/8, IV StraftilgG).
4) Hinsichtlich der geschichtlichen Entwicklung der probation vgl. Grünhut in ZStW 64/127 (128); v. Caemmerer S. 9 ff; Hartenberg S. 1 ff; Prange S. 71
5) Die §§ 27 ff JGG enthalten nur eine systemwidrige Durchbrechung dieses Grundsatzes.
6) Grünhut in ZStW 64/127 (132); Wahl in DRiZ 1951/211
7) Schröder in NJW 1952/7
8) "probation" übersetzt man am besten mit "Bewährung", obgleich das Wort nur zu einem Teil die Bedeutung und Funktion dieses Rechtsinstitutes ausdrückt (Näheres vgl. Prange S. 37)

Formen der Fall war, sondern stellt ihn in ein regelrechtes Betreuungs- und Erziehungsverhältnis [1]. Im Rahmen dieses Verhältnisses beaufsichtigen staatliche, den Gerichten beigeordnete Beamte, die sogenannten Probation Officer [2], die Lebensführung des Probanden. Sie haben dabei die Möglichkeit, dem von ihnen Beaufsichtigten besondere Pflichten aufzuerlegen. Da Hauptziel der gewährten "probation" somit die Erziehung des Verurteilten ist, diese aber nur bei positiver Einstellung des Probanden hierzu erfolgreich sein kann, ist die Anordnung der probation grundsätzlich von der Zustimmung des Täters abhängig [3].

3. Die Verwirklichung des kriminalpolitischen Grundgedankens der Strafaussetzung zur Bewährung im geltenden deutschen Recht und im Entwurf 1962.

a) Die Regelung im geltenden Erwachsenenstrafrecht

Wie der im § 23, I StGB enthaltene "Grundgedanke" [4] der Strafaussetzung zur Bewährung zeigt, ist der deutsche Gesetzgeber im geltenden Erwachsenenstrafrecht nicht der im anglo-amerikanischen Rechtskreis ausgebildeten Möglichkeit der Festsetzung des Schuldspruchs unter gleichzeitiger Aussetzung der Entscheidung über die Strafhöhe (= probation - System [5]) gefolgt. Gem. § 23, I StGB kann das erkennende Gericht nur die Vollstreckung bestimmter Strafen aussetzen. Aber auch die im belgisch-französischen Recht ausgebildete "bedingte Verurteilung" [6] hat der deutsche Gesetzgeber abgelehnt, da nach Ablauf der Bewährungszeit nicht das gesamte Urteil hinfällig wird und der Täter keineswegs nunmehr als niemals vorbestraft gilt. Gem. § 25, I, 2 StGB kann das Gericht jedoch anordnen, daß über die Verurteilung nur noch beschränkte Auskunft erteilt wird. Die durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. Au-

---

1) Schröder a.a.O. S. 8
2) Die Probation-Officer sind den Gerichten verantwortlich, soweit es ihre Überwachungstätigkeit betrifft. Im übrigen unterstehen sie der "Probation-Banch" im Home-Office (= Innenministerium) (Wahl in NJW 1950/811)
3) vgl. z.B. § 3 Abs. 5 CJA 1948
4) Bruns in GA 1956/204
5) vgl. S. 27 f
6) vgl. S. 26

gust 1953 im Erwachsenenstrafrecht geschaffene Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung gehört somit ihrer Grundkonzeption nach in das System des "bedingten Straferlasses" [1]. Da sich in der Gesetzgebungspraxis die drei Grundformen der "Strafaussetzung zur Bewährung" aber nicht alternativ und einander ausschließend gegenüberstehen, sondern sich vielmehr miteinander verbinden lassen [2], ist diese nach der Grundkonzeption erfolgte Eingruppierung für eine dogmatische Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem noch nicht ausreichend. Es ist hierzu vielmehr erforderlich, näher auf die in den §§ 23 ff. STGB enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen einzugehen.

Gem. § 23, I StGB kann das erkennende Gericht die Vollstreckung einer Gefängnis- oder Einschließungsstrafe von nicht mehr als neun Monaten oder einer Haftstrafe aussetzen, damit der Verurteilte durch gute Führung während der Bewährungszeit Straferlaß erlangen kann. Ist nach dieser Bestimmung eine Strafaussetzung zur Bewährung nach Art und Höhe der verhängten Strafe nicht ausgeschlossen, so ist zunächst zu prüfen, ob die im § 23, III Nr. 2 und 3 StGB enthaltenen "formellen Hinderungsgründe" [3] einer Strafaussetzung entgegenstehen. Das ist gem. Abs. 3 Nr. 2 dann der Fall, wenn während der letzten fünf Jahre vor Begehung der Straftat die Vollstreckung einer gegen den Verurteilten im Inland erkannten Freiheitsstrafe zur Bewährung oder im Gnadenwege ausgesetzt wurde. Die gleiche Wirkung hat nach Abs. 3 Nr. 3 die Verurteilung des Täters innerhalb des gleichen Zeitraumes zu Freiheitsstrafen von insgesamt mehr als sechs Monaten [4].

Kommt eine Strafaussetzung zur Bewährung nach Art und Höhe der ausgesprochenen Strafe in Betracht und stehen ihr auch keine formellen Hinderungsgründe nach Abs. 3 Nr. 2 und 3 StGB entgegen, so ist gem. § 23, II StGB zu prüfen, ob die Persönlichkeit des Verurteilten und sein Vorleben in Verbindung mit sei-

---

1) Zur Bedeutung dieses Begriffes: S. 26 Anm. 1

2) Schröder in NJW 1952/6 (7)

3) Bruns in GA 1956/206
Zu Einzelheiten über § 23, IIINr. 2 und 3 StGB: BGHSt 5/370; 6/69; 7/58; BGH in NJW 1954/1087; OLG Celle in NJW 1956/391; BayObLG in NJW 1954/1416; OLG Hamburg in NJW 1954/484

4) Nach § 23, IV StGB wird in die Fünfjahresfrist des Abs. 3 Nr. 2 und 3 die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird.

nem Verhalten nach der Tat oder einer günstigen Veränderung seiner Lebensumstände erwarten lassen, daß er unter Einwirkung der Aussetzung in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen wird.

Ergibt eine solche Prüfung, daß eine "berechtigte Erwartung" [1] hinsichtlich des gem. § 23, II StGB geforderten künftigen Wohlverhaltens des Verurteilten nicht besteht, so muß die Strafaussetzung zur Bewährung abgelehnt werden, ohne daß es einer weiteren Prüfung bedarf, ob das öffentliche Interesse die Vollstreckung gebietet [2].
Wird die "positive Täterprognose" [3] dagegen bejaht, so kann nach § 23, III Nr. 1 StGB die Strafe dennoch nicht zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn das "öffentliche Interesse" die Vollstreckung der Strafe erfordert.

Der Begriff des "öffentlichen Interesses" hat in der ersten Zeit nach Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 der Rechtsprechung erhebliche Schwierigkeiten bereitet[4]. Während der im § 23, III Nr. 1 StGB enthaltene Ausschlußgrund zunächst einfach als ein Gebot der Generalprävention angesehen wurde [5], hat sich in der Zwischenzeit [6] immer mehr die Auffassung als herrschend durchgesetzt, daß diese Bestimmung für die Strafaussetzung zur Bewährung neben der Prüfung der sich aus § 23, II StGB ergebenden individual präventiven Voraussetzungen die Berücksichtigung der anderen Strafzwecke gebietet [7].
Unter dem "öffentlichen Interesse" i. S. des § 23, III Nr. 1 StGB ist daher nach herrschender Meinung das "Interesse der Allgemeinheit an der Strafvollstrek-

---

1) Schönke-Schröder § 23 Anm. III, 2
2) BGH in VRS 7/46
3) Bruns in GA 1956/206
4) Zu Einzelheiten: Bruns in GA 1956/214 ff
5) OLG Celle in GA 1954/123; OLG Bremen in NJW 1955/513; OLG Karlsruhe in DAR 1954/186; OLG Braunschweig in NJW 1954/849 und in NJW 1955/879
6) Ausgangspunkt: BGH in NJW 1954/1453
ferner: BGH in NJW 1958/1100; BGH in JR 1955/146; OLG Köln in NJW 1955/802; OLG Celle in NJW 1955/33 in ausdrücklicher Abweichung von seiner Entscheidung in GA 1954/123; LG Essen in DAR 1955/305
7) Zu den anerkannten Strafzwecken gehören neben der Erziehung und Besserung des Angeklagten die Sühne für die verübte Tat, die Abschreckung Dritter, die Genugtuung des Verletzten sowie die Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung.
(Bruns in GA 1956/221 und 226; Hum S. 19 und 63)

kung" [1] zu verstehen. Dieses verbietet die Strafaussetzung dann, wenn einer oder mehrere der anerkannten Zwecke des staatlichen Strafens, die nach der Lage der Sache besondere Beachtung verlangen, ohne die Vollstreckung nicht erreicht würden. [2]

Verbietet aber das Interesse der Allgemeinheit an der Strafvollstreckung bei "Tatverträglichkeit, Täterwürdigkeit und Tätergeeignetheit" [3] eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht, so kann das Gericht diese durch Urteilsspruch (§ 260, IV, 2 StPO) anordnen. [4] Der Richter hat hierbei im Urteil zu begründen, weshalb er die Strafe zur Bewährung aussetzt (§ 267, III, 3 StPO).

Zusammen mit diesem Urteil kann das Gericht dem Verurteilten durch Beschluß (§ 268a, I StPO) für die Dauer der Bewährungszeit Auflagen machen. [5] Mit dieser durch § 24, I StGB geschaffenen Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber aus dem probation-System ein Element übernommen, das, wie die nur beispielhaft [6] aufgeführten Auflagen zeigen, in unterschiedlicher Weise auf den Verurteilten einwirken kann. So kann dem Verurteilten z. B. zur Auflage gemacht werden, den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutzumachen (§ 24, I Nr. 1 StGB) oder Weisungen zu befolgen, die sich auf Aufenthaltsort, Ausbildung, Arbeit oder Freizeit beziehen [7].

Hat der Verurteilte sich bewährt, so wird ihm die Strafe gem. § 25, I, 1 StGB nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen. Bewährt er sich nicht [8], so widerruft das Gericht die Strafaussetzung. Leistungen, die der Verurteilte bis dahin auf Grund von Auflagen erbracht hat, werden nicht zurückerstattet (§ 25, III StGB).

---

1) Bruns a.a.O. S. 221
2) BGH in JR 1955/146; Bruns a.a.O. S. 226; Schönke-Schröder § 23 Anm. V, 1, b mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung
3) Peters: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. Juni 1956 in JZ 1957/64
4) Im Gegensatz zu allen anderen für den Angeklagten nachteiligen Entscheidungen ist für die Ablehnung der Strafaussetzung zur Bewährung keine Mehrheit von zweidritteln der Stimmen erforderlich (§ 263, O und IV StPO)
5) Ausnahme: § 24, II. 1 StGB
6) Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese nicht abschließende Aufzählung der Auflagen vgl. Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz S. 137 ff
7) Bei diesen Weisungen ist neben der sich für alle Auflagen aus §§ 305a, I, 2; 453, III, 2 StPO ergebenden Beschränkung besonders § 24, II, 2 StGB zu beachten.
8) Wann hiervon gesprochen werden kann ergibt sich aus § 25, II, Nr. 1 bis 4 StGB

b) Die Regelung im Entwurf 1962

Mit der im Vierten Titel (§§ 71 ff) getroffenen Regelung der Strafaussetzung zur Bewährung schlägt der Entwurf 1962 gegenüber dem geltenden Erwachsenenstrafrecht keine grundsätzliche Reform dieser Rechtseinrichtung vor [1) 2)].

So entspricht z. B. § 71 sachlich dem § 23, I und II StGB, während § 72 in Anlehnung an § 23, III StGB einige Gründe aufführt, welche eine Strafaussetzung zur Bewährung ausschließen. Ähnliches gilt im Hinblick auf das geltende Recht für die §§ 73, 76, 77 und 78 des Entwurfes 1962.

Trotz dieser Tatsache kommt dem Entwurf 1962 im Rahmen der vorliegenden Arbeit neben dem geltenden Erwachsenenstrafrecht aber insofern eine selbständige Bedeutung zu, als hierin infolge praktischer Erfahrung der Versuch unternommen wurde, die "kriminalpolitisch verschiedenartigen Zwecke der Strafaussetzung deutlicher herauszuarbeiten" [3)]. Das Ergebnis dieser Bemühungen ist die im Gegensatz zum geltenden Recht vorgenommene gesetzliche Unterscheidung der für die Bewährungszeit anzuordnenden Maßnahmen in Auflagen und Weisungen.
Auflagen i. d. S. dienen nach ihrer in § 74, I gegebenen Definition nur noch der Genugtuung für begangenes Unrecht, während Weisungen demgegenüber dem Verurteilten helfen sollen, in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu führen (§ 75, I, 1).
Aber nicht nur in dieser gesetzlich vorgenommenen Unterscheidung zwischen Auflagen und Weisungen weicht der Entwurf 1962 vom geltenden Erwachsenenstrafrecht ab, sondern er enthält auch noch insofern eine bedeutsame Abweichung, als er im § 74 II Nr. 1 bis 4 einen abschließenden Katalog der zulässigen Auflagen festsetzt. Im Gegensatz hierzu bleibt er allerdings bei den im § 75 geregelten Weisungen - wie im geltenden Recht - bei einer beispielhaften Aufzählung.

---

1) Amtliche Begründung des Entwurfs 1962 S. 194
2) Die Tatsache, daß der Entwurf 1962 keine dem § 25, I, 2 StGB entsprechende Vorschrift enthält, widerspricht dieser Behauptung nicht. Hieran fehlt es nur deswegen, weil alle Vorschriften, die sich auf das Strafregister beziehen, in einem in Vorbereitung befindlichen Strafregistergesetz zusammengefaßt werden sollen (Amtliche Begründung des Entwurfs 1962 S. 197)
3) Amtliche Begründung des Entwurfs 1962 S. 194

Im § 80 hat der Entwurf 1962 ferner für das kommende Recht einen Grundsatz gesetzlich geregelt, der für das geltende Recht erst von der Rechtsprechung [1] und Literatur [2] herausgearbeitet werden mußte. Hierbei handelt es sich um die Frage nach der Zulässigkeit der Strafaussetzung zur Bewährung beim Zusammentreffen mehrerer Straftaten, wofür es auch im kommenden Recht gem. § 80 I keinen Unterschied machen soll, ob die Straftaten gleichzeitig abgeurteilt werden oder ob es erst nachträglich zur Bildung einer Gesamtstrafe kommt. Der Zusammenhang der Absätze 1 und 2 des § 80 beantwortet außerdem die im geltenden Recht bestehende Streitfrage, ob eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe in eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe einbezogen werden kann, und zwar in dem Sinne, daß einer Einbeziehung einer ausgesetzten Freiheitsstrafe grundsätzlich [3] nichts im Wege steht [4].

Eine weitere Abweichung gegenüber dem geltenden Erwachsenenstrafrecht enthalten auch die §§ 105 bis 108 Entw. 1962. [5] Nach diesen Bestimmungen soll es im kommenden Recht möglich sein, die Vollstreckung von Maßregeln der Sicherung und Besserung [6] auszusetzen [7].

---

1) BGHSt 7/180
2) Eckels in NJW 1954/1672; Grethlein in NJW 1953/1895; ders. in DRiZ 1954/212 (213)
3) Ausnahmen: § 80, II Entw. 1962
4) Amtliche Begründung des Entwurfs 1962 S. 206
5) Eine Aussetzung der Vollstreckung von Maßregeln gleichzeitig mit der Entscheidung des erkennenden Gerichts gibt es im geltenden Recht nicht. Lediglich die Entlassung des Verurteilten aus der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, einer Trinkerheil- oder Erziehungsanstalt, im Arbeitshaus oder in der Sicherungsverwahrung ist nach § 42 h, I, 1 StGB als bedingte Aussetzung der Unterbringung ausgestaltet.

   Ebenso gilt die vorzeitige Aufhebung der Untersagung der Berufsausübung nach § 42 1, IV, 3 StGB lediglich als bedingte Aussetzung der Untersagung.
6) §§ 81 ff Entwurf 1962
7) Eine Ausnahme gilt allerdings nach § 105, I Entwurf 2962 hinsichtlich der im § 85 Entw. 1962 geregelten Sicherungsverwahrung, deren gleichzeitige Aussetzung mit der Anordnung der Maßregel nicht möglich ist.

c) Die Regelung im Jugendstrafrecht

Während das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Erwachsenenstrafrecht erstmalig durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 Eingang fand, hatte diese Einrichtung im deutschen Jugendstrafrecht bereits in den §§ 10 bis 15 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 [1] ihren ersten gesetzlichen Niederschlag gefunden [2].

Nachdem diese Regelung durch das Reichsjugendgerichtsgesetz vom 16. November 1943 [3] ersatzlos beseitigt worden war, knüpfte der Gesetzgeber im Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953 [4] an die Regelung von 1923 zwar wieder an, ohne allerdings die Ausgestaltung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung aus dem Reichsjugendgerichtsgesetz zu übernehmen [5].

Nach dem heute geltenden Recht kann der Jugendrichter gem. § 20 JGG die Vollstreckung einer bestimmten Jugendstrafe von nicht mehr als einem Jahr aussetzen, damit der Jugendliche durch gute Führung während einer Bewährungszeit Straferlaß erlangen kann. Der Richter muß also zunächst die "Schwelle" [6] des § 17, II JGG überwinden, um zu wissen, daß Erziehungsmaßnahmen [7] oder Zuchtmittel [8] entweder wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, oder wegen der Schwere der Schuld zur Erziehung nicht ausreichen. Diese Tatsache verdient deswegen besondere Betonung, weil sie deutlich einen Unterschied zwischen der Strafaussetzung zur Bewährung im Erwachsenen- und im Jugendstrafrecht zeigt.
Während im Erwachsenenstrafrecht die Strafaussetzung zur Bewährung durch die Beschränkung der Aussetzungsmöglichkeit auf Haft-, Einschließungs- und

---

1) RGBl I S. 135; 252
2) So bestimmte z. B. § 10, I, 1 JGG 1923:
"Das Gericht kann die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Urteil aussetzen, damit der Verurteilte sich durch gute Führung während einer Probezeit Straferlaß verdienen kann."
3) RGBl I S. 637
4) RGBl I S. 751
5) Hinsichtlich der Abweichungen vgl. Dallinger-Lackner Einf. B, II, 2, a
6) Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 19
7) §§ 9 ff JGG
8) §§ 13 ff JGG

Gefängnisstrafen und bei den beiden zuletzt genannten Strafarten außerdem durch die Beschränkung auf eine Strafhöhe von neun Monaten nur für Straftaten auf der "Anfangsstufe der Kriminalität" [1] möglich ist, gilt im Jugendstrafrecht das Gegenteil. Hier muß es sich um erhebliche Verstöße gegen die Rechtsordnung handeln, denen aus diesem Grunde nicht mehr mit Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmitteln begegnet werden kann, sondern die schon eine Ahndung durch eine, wenn auch kurzfristige Jugendstrafe erfordern. [2]

Nach Überwindung dieser durch die Bestimmung des § 17, II JGG gebildeten Schwelle hat der Jugendrichter als nächstes darüber zu entscheiden, ob die abzuurteilende Straftat durch eine unbestimmte [3] oder eine bestimmte [4] Jugendstrafe geahndet werden muß, da nur eine bestimmte Jugendstrafe nach § 20 JGG aussetzungsfähig ist. [5] Kriterium für die Bestrafung mit einer Jugendstrafe von unbestimmter Dauer ist nach § 19, I JGG, ob wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, eine Jugendstrafe von höchstens vier Jahren geboten ist und sich nicht voraussehen läßt, welche Zeit erforderlich ist, um den Jugendlichen durch den Strafvollzug zu einem rechtschaffenen Lebenswandel zu erziehen.
Liegen diese Kriterien nicht vor, so verhängt der Jugendrichter eine bestimmte Jugendstrafe, die so zu bemessen ist, daß die erforderliche erzieherische Wirkung mit ihr erreicht werden kann [6]. Überschreitet die Strafe den nach § 20 JGG aufgestellten Rahmen von einem Jahr nicht, so ist die Jugendstrafe grundsätzlich aussetzungsfähig. Zu prüfen bleibt aber, ob die aussetzungsfähige Strafe auch für eine Aussetzung geeignet ist. Diese Frage beantwortet § 21 JGG. Nach Satz 1 darf die Vollstreckung der Jugendstrafe nur ausgesetzt werden, wenn die Persönlichkeit des Jugendlichen und sein Vorleben in Verbindung mit seinem Verhalten nach der Tat oder einer günstigen Veränderung seiner Lebensumstände erwarten lassen, daß er infolge der Aussetzung und unter der

---

1) Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 21
2) Dallinger-Lackner § 17 Anm. I; Hellmer a.a.O. S. 20
3) § 19 JGG
4) § 18 JGG
5) Auch insofern besteht ein Unterschied zum Erwachsenenstrafrecht, da es dort keine unbestimmte Verurteilung gibt.
6) § 18, II JGG

erzieherischen Einwirkung in der Bewährungszeit künftig einen rechtschaffenen Lebenswandel führen wird. Außerdem soll der Richter nach § 21, 2 JGG bei der Prüfung der Aussetzungsgeeignetheit berücksichtigen, ob der Vollzug der Jugendstrafe eine Erziehungsmaßregel gefährden würde. [1)]

Auch in dieser, die Frage der Aussetzungsgeeignetheit betreffenden Regelung zeigt sich wieder deutlich der Unterschied zwischen dem Erwachsenen- und dem Jugendstrafrecht.

Während im Erwachsenenstrafrecht nach Bejahung der Täterwürdigkeit [2)] noch geprüft werden muß, ob einer Aussetzung im konkreten Fall nicht nach § 23, III Nr. 1 StGB das "öffentliche Interesse" an der Vollstreckung der Strafe entgegensteht, [3)] entscheidet im Jugendstrafrecht über die Aussetzungsgeeignetheit einer aussetzungsfähigen Strafe allein der im § 21 JGG enthaltene Gesichtspunkt der Erziehung. [4)] Ist gemessen an dem Gesichtspunkt der Erziehung die Aussetzungsgeeignetheit einer aussetzungsfähigen Jugendstrafe zu bejahen, so kann der Richter die Vollstreckung dieser Strafe gem. § 57, I, 1 JGG durch Urteil für mindestens zwei und höchstens drei Jahre [5)] aussetzen. In Abweichung vom geltenden Erwachsenenstrafrecht kann eine solche Aussetzung - solange die Strafvollstreckung nicht begonnen hat - auch nachträglich durch Beschluß erfolgen [6)].

Während dieser durch die Aussetzung einer bestimmten Jugendstrafe geschaffenen "Bewährungszeit" [7)] bleibt sich der Jugendliche aber nicht selbst überlassen, sondern wird einer erzieherischen Beeinflussung unterworfen, indem seine Lebensführung von einem unter Aufsicht des Jugendrichters stehenden Bewährungshelfers überwacht wird [8)]. Gegenüber dem Erwachsenenstrafrecht

---

1) Diese im § 21 JGG enthaltene Regelung bestätigt den positiven (vgl. Satz 1) und den negativen Zweck (vgl. Satz 2) der Strafaussetzung zur Bewährung wie er auf S. 24 herausgestellt wurde.
2) § 23, II StGB
3) Über das Verhältnis zwischen § 23, II und III Nr. 1 StGB sowie den Begriff des öffentlichen Interesses vgl. Ausführungen auf S.
4) BGH in JR 1954/149; Dallinger-Lackner § 17 Anm. III; Potrykus § 17 Bem. 3 und § 20 Bem. 3; Bruns in GA 1956/215 und 227; Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 47/48
5) § 22, I, 1 JGG
6) § 57, I, 1 JGG
7) § 20 JGG
8) § 24, I JGG

ergibt sich hierbei insofern ein wichtiger Unterschied, als dort die Unterstellung unter die Aufsicht eines Bewährungshelfers der fakultativen Anordnung durch das Gericht überlassen bleibt, [1] während sie im Jugendstrafrecht obligatorisch ist. Der Bewährungshelfer überwacht gleichzeitig auch die Erfüllung der dem Jugendlichen nach § 23 JGG gemachten "Auflagen"

Im Gegensatz zu § 24, I, 1 StGB soll der Richter nach dieser Bestimmung dem Jugendlichen für die Dauer der Bewährungszeit nicht nur Auflagen erteilen, sondern in der Bewährungszeit die Lebensführung des Jugendlichen durch solche Auflagen beeinflussen, die eine umfassende erzieherische Wirkung gewährleisten. Zur Erreichung dieses Zieles kann er dem Jugendlichen zu den Erziehungsmaßregeln gehörende "Weisungen" [2] erteilen oder zu den Zuchtmitteln zählende "besondere Pflichten" [3] auferlegen. Die Entscheidung hierüber erfolgt durch einen begründeten Beschluß. [4] Dieser kann entweder unmittelbar mit dem Aussetzungsurteil oder -beschluß [5] ergehen oder nachträglich hiervon getrennt. [6]
Die "rechtskräftig" [7] angeordnete Bewährungsauflagen stellt der Richter - in Abweichung vom Erwachsenenstrafrecht - in einem besonderen Dokument, dem

---

1) § 24, I Nr. 6 StGB
2) §§ 23, 10 JGG
3) §§ 23, 15 JGG
4) § 58, I JGG
5) § 57, I, 1 JGG
6) § 23, 3 JGG
7) Hinsichtlich dieses Begriffes handelt es sich bei der Gesetzesfassung um ein Redaktionsversehen. Da gegen Entscheidungen über Bewährungsauflagen nach § 59, II, 1 JGG nur die einfache Beschwerde gegeben ist, erwachsen diese nicht in formelle Rechtskraft, womit aber bei wortgetreuer Auslegung des Gesetzes ihre Eintragungsfähigkeit entfiele.
Dieses Redaktionsversehen beruht darauf, daß im Entwurf zum JGG 1953 ursprünglich vorgesehen war, gegen Entscheidungen über Bewährungsauflagen die sofortige Beschwerde zuzulassen (vgl. § 40, III, 1 Reg. Entw. (BTD Nr. 3264 I. Wahlp. S. 8). Aus Gründen der Angleichung an § 453, III StPO wurde diese im Entwurf getroffene Regelung aber nicht Gesetz. Die dadurch auch hinsichtlich des heutigen § 60, I JGG notwendige Änderung wurde aber nicht vorgenommen.
Man wird daher sagen müssen, daß grundsätzlich alle diejenigen Bewährungsauflagen in den Bewährungsplan aufgenommen werden müssen, gegen die kein Rechtsmittel eingelegt ist.
(Dallinger-Lackner § 60 Anm. II, 1)

"Bewährungsplan" [1] zusammen, den er dem Jugendlichen nach eingehender Belehrung über die Bedeutung der Aussetzung und die Folgen eines Widerrufs aushändigt.
Wie der englische Gesetzgeber [2], so hat es auch der deutsche Gesetzgeber im Jugendstrafrecht für angebracht gehalten, sich bei Erreichung des mit der Strafaussetzung zur Bewährung erstrebten Zieles der Mitarbeit des Jugendlichen zu versichern. Die Bereitschaft des Jugendlichen zu einer solchen Mitarbeit soll durch die Unterzeichnung des Bewährungsplanes und das Versprechen, die Auflagen zu erfüllen, zum Ausdruck gebracht werden. [3] [4]

Neben der Unterzeichnung durch den Jugendlichen sollen auch die Erziehungsberechtigten und der gesetzliche Vertreter, deren Mitarbeit an der Erziehung des Jugendlichen in der Bewährungszeit unerläßlich ist, den Bewährungsplan zu unterzeichnen [5]. Hierdurch sollen sie den Ernst der Situation und die daraus für sie entstandenen Verpflichtungen erkennen. [6]

Hat sich der Jugendliche bewährt, so wird die Jugendstrafe nach Ablauf der Bewährungszeit endgültig erlassen [7] und der Strafmakel durch Beschluß des Richters beseitigt. [8] Dieser Beschluß wird in das Strafregister eingetragen [9] und die Strafe in den amtlichen Listen gelöscht. [10] Der Jugendliche darf sich von da an allen Stellen gegenüber wieder als unbestraft bezeichnen. [11] Auskunft von der Verurteilung erhält nur noch der Strafrichter und die Staatsanwaltschaft auf ausdrückliches Ersuchen. [12]
Demgegenüber widerruft der Richter die Aussetzung der Jugendstrafe, wenn

---

1) § 60 JGG
2) vgl. § 3 Abs. 5 CJA
3) § 60, III, 1 JGG
4) Wenn dieses auch keine Verpflichtung im juristischen Sinne darstellt, so kann doch der Jugendliche, sofern er das 16. Lebensjahr vollendet hat, durch seine Weigerung, die Erfüllung der Bewährungsauflagen zu versprechen, die Strafaussetzung zu Fall bringen (§ 26, II Nr. 2 JGG)
5) § 60, III, 2 JGG
6) Hartenberg S. 111
7) § 26, I JGG
8) § 96, III, 1 JGG
9) § 96, III, 2 JGG
10) §§ 96, III, 3/100, III JGG
11) §§ 96, III, 3/100, I JGG/4, IV StraftilG
12) §§ 96, III, 3/100, II, 2 JGG

nachträglich Umstände bekannt werden, die ursprünglich zu ihrer Versagung geführt hätten. [1] Im übrigen kann nur das Verhalten des Jugendlichen nach der Strafaussetzung zur Bewährung zu einem Widerruf führen und das auch nur dann, wenn andere Maßnahmen als Reaktion auf das pflichtwidrige Verhalten nicht ausreichen. [2]

Wird die Aussetzung der Vollstreckung einer bestimmten Jugendstrafe aus den o.a. Gründen widerrufen, so werden Leistungen, die der Jugendliche auf Grund von Auflagen erbracht hat - wie im Erwachsenenstrafrecht [3] - nicht zurückerstattet. [4]

Neben dieser aus dem belgisch-französischen Rechtskreis stammenden Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung, die in Deutschland bereits durch das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 erprobt worden war, übernahm das Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953 mit der aus dem anglo-amerikanischen Recht stammenden "probation" eine für das deutsche Rechtssystem vollständig neue Möglichkeit der Einwirkung auf den straffällig gewordenen Jugendlichen. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Recht ist die in den §§ 27 bis 30 JGG geregelte "Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe" aber auf gesetzlich genau bestimmte Ausnahmefälle [5] beschränkt. Es handelt sich hierbei um diejenigen Fälle, "in denen der Richter die Entscheidung darüber, ob der Täter aus einem eingewurzelten Hang oder einer einmaligen Entgleisung gehandelt hat, auf Grund der bisherigen Ermittlungen [6] und des Eindrucks in der Hauptverhandlung noch nicht treffen kann." [7]

Liegen diese Voraussetzungen vor, so erläßt der Richter ein Urteil [8], in dem er zwar die Schuld des Jugendlichen feststellt, die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe aber für eine bestimmte Bewährungszeit aussetzt. [9] In dieser mindestens ein Jahr und höchstens zwei Jahre dauernden Bewährungs-

1) § 26, II Nr. 1 JGG
2) § 26, II JGG
3) § 25, III StGB
4) § 26, III JGG
5) Potrykus § 27 Bem. 2; ders. in MDR 1954/456; Schaffstein § 26, I; OLG Frankfurt in NJW 1955/603; a. A.: Dallinger-Lackner § 27 Anm. III
6) Wann der Richter seine ihm nach § 27 JGG auferlegte Ermittlungspflicht erfüllt hat, folgt aus den §§ 43 JGG und 2 JGG i. Verb. m. 244, II StPO
7) Schriftlicher Bericht über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes (BTD Nr. 4437 I. Wahlp. S. 6/7)
8) § 62, I, 1 JGG
9) § 27 JGG

zeit [1] untersteht der Jugendliche wie bei der Strafaussetzung zur Bewährung der Bewährungsaufsicht und Bewährungshilfe [2], d.h. er wird der Aufsicht eines vom Gericht bestimmten Bewährungshelfers unterstellt und hat bestimmte, in einem Bewährungsplan zusammengestellte Auflagen zu erfüllen.

Der durch Urteil ergangene Schuldspruch wird dem Strafregister mitgeteilt und dort vermerkt. [3] Er unterliegt allerdings von vornherein der beschränkten Auskunft. [4]

Das nach dem Schuldspruch während der Bewährungszeit weiterhin anhängig gebliebene Strafverfahren findet seinen Abschluß nach § 62, I JGG grundsätzlich [5] durch ein nach einer Hauptverhandlung ergehendes Urteil. Dieses kann gem. § 30 JGG entweder die Verurteilung des Jugendlichen zu einer bestimmten oder unbestimmten Jugendstrafe aussprechen (Abs. 1) oder die Tilgung des Schuldspruches im Strafregister anordnen (Abs. 2). Welches Urteil im Einzelfall ergeht, hängt davon ab, ob nach der Bewährungszeit für den Richter nunmehr feststeht, "daß die in dem Schuldspruch mißbilligte Tat auf schädliche Neigungen in einem Umfang zurückzuführen ist," die eine Jugendstrafe erforderlich machen oder ob es sich bei der Tat um eine "einmalige Entgleisung" [6] des Jugendlichen handelt.

4. Die dogmatische Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem

Obwohl man in der Literatur trotz zunächst heftiger Widersprüche von Seiten der Vertreter der "klassischen Strafrechtstheorie" [7] schon seit geraumer Zeit die kriminalpolitische Notwendigkeit der Strafaussetzung zur Bewährung grundsätzlich anerkannt hatte [8], entbrannten bis zur Einführung bzw. Wiedereinführung dieser Einrichtung in das Erwachsenen- und Jugendstrafrecht durch das

---

1) § 28, 1 JGG
2) § 29 JGG i. Verb. m. §§ 23 bis 25 JGG
3) § 94, I, 1 JGG
4) § 96, I, 1 JGG
5) Ausnahme: § 62, II JGG
6) vgl. S. 39 Anm. 7
7) vgl. Wach: Die Reform der Freiheitsstrafe; Appelius: Die bedingte Verurtheilung; v. Kirchenheim in GS 43/51; ders. in GA 38/12
8) Würtenberger in NJW 1952/249; Schröder in NJW 1952/6 f

Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 und das Jugendgerichtsgesetz vom gleichen Tage immer wieder Diskussionen über das "Wie" [1] der Verwirklichung innerhalb des deutschen Strafrechtsystems [2]. Die Debatten über diese Einrichtung rissen auch nicht ab, als sie durch die o.a. Gesetze in der vorstehend geschilderten Art Bestandteil unserer Rechtsordnung geworden war. Lediglich der Blickwinkel der Debatten änderte sich. Mit der Einführung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung tauchten nämlich zahlreiche Einzelfragen auf, deren Beantwortung zur Vermeidung von Widersprüchen nur nach einheitlicher dogmatischer Einordnung der neuen Einrichtung in das deutsche Strafrechtssystem möglich ist [3]. Diese Einordnung hat der Gesetzgeber aber bewußt offengelassen [4] und damit der Lehre und Rechtsprechung den Ansatzpunkt für die weiteren Auseinandersetzungen gegeben.

Im Rahmen dieser Auseinandersetzungen bildeten sich dann die unterschiedlichsten Meinungen über die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung heraus. Diese Meinungen schwanken zwischen der Annahme eines Gnadenaktes [5], einem Akt des Lohnes [6], einer Besserungsmaßnahme [7], einer Sicherungsmaßnahme [8], einer selbständigen Strafart [9], einem Akt der richterlichen Strafzumessung [10], einem neuartigen Mittel der Reaktionsbeweglich-

---

1) Schröder in NJW 1952/7

2) Buchwald in SJZ 1948/211; Breithaupt in SJZ 1948/372; Hartung in SJZ 195o/1o2; ders. in NJW 1951/425; Bockelmann in JZ 1951/494; v. Weber in DRiZ 1951/153; Lorenz in JR 1949/393; Schröder in NJW 1952/6 (7)

3) Jagusch in JZ 1953/688; ders. in LK Bem. 1 vor §§ 23 - 26; Dallinger in JZ 1953/434; Maassen in MDR 1954/2; Bruns in GA 1956/199; Mittelbach in JR 1955/5 (8); Würtenberger in MDR 1955/9; Eberh. Schmidt in ZStW 64/9; Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht Vorwort: Schumacher S. 3

4) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713, I. Wahlp. S. 28)

5) so Meister in DRiZ 1953/218; Junker in ZStW 63/428 (444 ff); Roesen in NJW 1954/867; Beschluß des OLG Düsseldorf vom 18. 1. 1954 in JZ 1954/249

6) so Oetker in GS 70/321 (362 ff); Heinr. Fischer S. 40 ff; Hellm. Mayer § 65, I, 2

7) so Eberh. Schmidt in ZStW 64/1 (7); ders. in Lehrkomm. § 331 Erl. 24; Kaufmann in JZ 1958/297 (298)

8) so Vriy in ZStW 66/218 (229)

9) so Jagusch in JZ 1953/688; Maassen in MDR 1954/1(2, III); Cüppers in NJW 1952/993; Blau in JR 1053/323; Amelunxen in DRiZ 1953/148; Reh in NJW 1954/484

10) Dallinger in JZ 1953/432 (435); Egner in NJW 1953/1859 (1860); Frey in ZStW 65/3 (22); OLG Oldenburg in NJW 1954/1091; SchlHOLG in SchlHA 1953/294; OLG Braunschweig in NJW 1953/1762 und NJW 1954/284

keit [1] und schließlich einer Modifikation der Freiheitsstrafe hinsichtlich der Vollstreckung [2] . Daneben lassen sich außerdem noch "Mischtypen" [3] erkennen, denen es gemeinsam ist, daß ihre Verfechter [4] im Institut der Strafaussetzung zur Bewährung sowohl Merkmale einer Strafe als auch solche einer Maßregel zu erkennen glauben.

a) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Gnadenakt

Im Gegensatz zu der Entwicklung in anderen europäischen und außereuropäischen Staaten [5] erfolgte die erste Realisierung der um das Ende des vorigen Jahrhunderts von der "modernen Strafrechtsschule" geforderten Möglichkeit einer "bedingten Verurteilung" in Deutschland durch Verordnungen verschiedener Einzelstaaten [6] in Form der bedingten Begnadigung [7] . Die zweite Stufe der hiermit ausgelösten Entwicklung war erreicht, als die Regierungen der deutschen Einzelstaaten durch Vermittlung des Reichsjustizamtes im Jahre 1902 einheitliche Richtlinien und Grundsätze [8] für die Bewilligung der sogenannten bedingten Begnadigung vereinbarten [9] . Im Zuge der weiteren Entwick-

---

1) so Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 168; ders. in Anm. zum Urteil des BGH vom 14. 6. 1956 in JZ 1957/64; Demski S. 22 ff(28)
2) Bruns in GA 1956/193 (200 ff); Preiser in NJW 1956/1221; Mittelbach in JR 1955/5 (6); Hellmer in JZ 1956/714; Schaffstein § 25, I; Schönke-Schröder § 23 Anm. II; KMR §§ 263 Anm. 7; 267 Anm. 9, B, d; 263a Anm. 1; 331 Anm. 4, a; 460 Anm. 8; BGHSt 7/180 (184); BGH in JZ 1956/101; BayObLG in NJW 1962/1261
3) Bruns in GA 1956/200
4) hierzu gehören: Maurach AT § 64a II A; Welzel § 33, I, 4; Schäfer in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer zu § 23 Anm. d; Lackner in Dallinger-Lackner § 20 Anm. I; Dreher in Schwarz-Dreher § 23 Anm. 1; Dünnebier in ZStW 72/32 (33); Gerstner S. 54
5) zu näheren Einzelheiten:
Grünhut in ZStW 64/127; Thormann S. 51 ff und 94 ff; v. Liszt-Schmidt § 74, II, 1 und 2; Lorenz in JR 1949/393; v. Caemmerer S. 9 ff; Harrow § 22 S. 187 ff; Rittler § 51 S. 355 ff; Prange S. 71; Schreyer S. 88; Hartenberg S. 1 ff; Gerstner S. 10
6) Im Jahre 1895 gingen Sachsen, Hessen, Preußen und Schwarzburg-Sondershausen voran. Es folgten alle anderen Bundesstaaten nach, bis auf Mecklenburg Strelitz und die beiden Reuss (v. Liszt in VDA Bd. III S. 45; v. Liszt-Schmidt § 74, II, 3; Thormann S. 91)
7) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 157; Schumacher S. 9
8) im Wortlaut zitiert bei v. Liszt in VDA Bd. III S. 47; Thormann S. 92
9) Grau-Schäfer S. 248

lung wurden dann um 1920 in einigen Ländern [1] die Befugnisse des Trägers des Gnadenrechtes auf die Gerichte übertragen [2]. Der nächste Schritt auf diesem Wege war die gesetzliche Regelung des den "Gnadenakten" innewohnenden Grundgedankens durch die §§ 10 bis 15 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 [3]. Nachdem diese Regelung durch das Reichsjugendgerichtsgesetz vom 16. November 1943 [4] zwischenzeitlich ersatzlos beseitigt worden war, knüpfte der Gesetzgeber sowohl durch das Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953 als auch durch die durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz neuformulierten §§ 23 ff StGB für das Erwachsenenstrafrecht hieran wieder an [5]. Bei dieser geschichtlichen Entwicklung des sowohl den §§ 20 ff JGG als auch den §§ 23 ff StGB sowie den §§ 71 ff Entw. 1962 zugrundeliegenden Gedankens erscheint es daher zumindest verständlich, daß Meister [6], Junker [7] und Roesen [8] in der in den o.a. §§ geregelten Strafaussetzung zur Bewährung einen durch die Gerichte zu gewährenden Akt der Gnade sehen.

Dieser hauptsächlich mit Blickrichtung auf die geschichtliche Entwicklung der Strafaussetzung zur Bewährung vertretenen Meinung stehen aber erhebliche Bedenken aus der Verschiedenartigkeit der Zielrichtung des im Institut der Strafaussetzung zur Bewährung enthaltenen Grundgedankens und der eines Gnadenaktes entgegen.

Trotz der Mannigfaltigkeit der Gründe, aus denen eine Amenstie oder eine Ein-

---

1) Bayern: Bekanntmachung vom 11. 7. 1919 (JMBl S. 239)
Preußen: Allg. Verfügung des JM vom 19. 10. 1920 (JMBl S. 565)
Sachsen: VO vom 6. 12. 1923 (JMBl S. 145)

2) Durch die Gnadenordnung vom 6. 2. 1935 (DJ 1935/203) wurde den Gerichten die Befugnis zur Gewährung von bedingtem Straferlaß wieder genommen und an ihre Stelle den Oberstaatsanwälten das Recht eingeräumt, die Vollstrekkung von Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten im Gnadenwege auszusetzen und dem Verurteilten eine Bewährungsfrist zu bewilligen. Nach dem 2. Weltkriege ging die Zuständigkeit für die Gewährung bedingten Straferlasses wieder auf die Justizverwaltungen über. An die Stelle der Gnadenordnung von 1935 traten Regelungen auf Länderebene, so z. B. für NRW die Allg. Vfg. des JM über das Verfahren in Gnadensachen vom 1. 1. 1952.

3) RGBl I S. 135 und 252

4) RGBl I S. 637

5) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713, I. Wahlp. S. 27); Schriftl. Bericht zur Änderung des RJGG (BTD Nr. 4437; I. Wahlp. S. 6

6) DRiZ 1953/218

7) ZStW 63/428 (444 ff)

8) NJW 1954/867

zelbegnadigung gerechtfertigt oder zumindest wünschenswert erscheinen kann [1], handelt es sich bei einem Gnadenakt doch stets darum, "Härten oder Nachteile, die durch besondere Gestaltung des Einzelfalles oder einer einzelnen Fallgruppe" [2] auftreten können, zu beseitigen. Die Gnade bildet somit als Akt des Mitleids und des Erbarmens [3] ein "Sicherungsventil" [4] des Rechts für besonders geartete, rechtskräftig abgeschlossene Ausnahmefälle. Als Ausfluß der allgemeinen Hoheitsgewalt des Staates wird sie dem Täter oder einer bestimmten Tätergruppe in besonders gearteten Ausnahmefällen als eine Begünstigung gewährt, für die der Träger des Gnadenrechtes keinerlei Begründung schuldig ist. [5]

Im Gegensatz hierzu richtet sich die Strafaussetzung zur Bewährung nicht gegen Härten und Nachteile eines Einzelfalles oder einer bestimmten Fallgruppe, sondern gegen allgemein auftretende Gesetzesnachteile und Unzweckmäßigkeiten [6]. Sie wird daher nicht aus Mitleid oder Erbarmen gewährt, sondern um ein erstrebenswertes Ziel, nämlich die Resozialisierung des Täters und die dadurch bedingte Senkung der Gesamtkriminalität zu erreichen [7]. Obwohl diese unterschiedliche Zielsetzung allein schon so deutlich gegen den Gnadencharakter der Strafaussetzung zur Bewährung spricht, daß es fast überflüssig erscheint, auf die gegenteilige, sich hauptsächlich auf die Entwicklungsgeschichte stützende Meinung einzugehen, sollen dennoch die Hauptargumente dieser Ansicht kurz aufgezeigt und widerlegt werden.

So führt Meister [8] neben dem Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung der

---

1) Über die Verschiedenartigkeit der Gründe vgl. Junker ZStW 63/428 (433, 434)
2) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 156
3) Dreher: Die gerechte Strafe S. 148; Lackner in JZ 1953/429; Schumacher S. 11; Riedel S. 14; OLG Düsseldorf in JZ 1959/59; OVG Münster in OVGE 7/147; OVG Hamburg in JZ 1961/165
4) Eberh. Schmidt in ZStW 64/1 (7)
5) Zwar ist der Träger des Gnadenrechts auch an die Verfassung, d.h. z.B. an den Grundsatz der gleichartigen Behandlung gleichliegender Fälle gebunden, diese im Urteil des BVerwG vom 8. März 1962 (NJW 1962/1410) ebenso BayVerfGH in NJW 1966/443 ausdrücklich betonte Tatsache ändert aber nichts an der o.a. Unterschiedlichkeit zwischen einem Gnadenakt und der Strafaussetzung zur Bewährung.
6) ähnlich Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 156
7) vgl. S. 23 f.
8) DRiZ 1953/218

Strafaussetzung zur Bewährung zur Begründung seiner Ansicht an, die Strafaussetzung zur Bewährung sei deswegen dem Gnadenrecht zuzurechnen, weil die Gnadenbehörden auch nach 1953 noch eine Strafaussetzung gewähren könnten, es aber undenkbar sei, daß die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung jeweils davon abhänge, welche Stelle im Einzelfalle diese Vergünstigung ausspreche. Außerdem glaubt er in den Bestimmungen des § 25, II, 1 StGB ein Argument für den Gnadencharakter der Strafaussetzung zur Bewährung gefunden zu haben, da es - wie er zur Begründung ausführt - für einen Rechtsstaat undenkbar sei, daß ein Gericht eine von ihm erkannte Strafe zuungunsten des Verurteilten nachträglich im Beschlußwege abändern könne. Ein weiteres Argument für die von ihm vertretene Ansicht erblickt Meister in der Bestimmung des § 263, IV StPO, da diese vom § 263, I StPO abweichende Sonderregelung dagegen spreche, in der Strafaussetzung zur Bewährung einen Akt der Strafbemessung zu sehen.

Gegen diese Argumentation zur Begründung des Gnadencharakters der Strafaussetzung zur Bewährung erheben sich aber durchschlagende Gegenargumente. So hat Peters [1] bereits 1932 mit Recht darauf hingewiesen, daß mit der Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung im Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 die Einrichtung nicht mehr als Gnadenakt aufgefaßt werden könne, da es dem Wesen einer Gnadenentscheidung widerspreche, nach gesetzlich genau geregelten Voraussetzungen zu ergehen. [2] Hinzu kommt ferner, daß die Entwicklung der Strafaussetzung zur Bewährung schon vor 1923 deutlich die Richtung zu einem "echten Rechtsinstitut, das im Grunde mit dem Wesen der Gnade nichts mehr gemein hatte" [3], erkennen ließ, wenn es auch nach außen zunächst weiterhin die "auf Gnadenrecht beruhende Maßnahme" [4] blieb. Unter Berücksichtigung dieser entwicklungsgeschichtlichen Tatsachen ergeben sich also keinerlei durchgreifende Gründe für die Annahme, das in den §§ 20 ff JGG, 23 ff StGB und 71 ff Entw. 1962 geregelte Institut stelle deswegen einen

---

1) Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 157
2) ebenso Lackner in JZ 1953/429 und Jagusch in LK Bem. 1 vor §§ 23 - 26
3) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713 I. Wahlp. S. 26)
4) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713 I. Wahlp. S. 26)

durch den Richter zu gewährenden Gnadenakt dar, weil der Gesetzgeber von 1953 mit diesen Bestimmungen an den zum ersten Mal in den §§ 10 bis 15 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 gesetzlich geregelten Gedanken anknüpfte. Es läßt sich vielmehr aus diesen entwicklungsgeschichtlichen Tatsachen der gegenteilige Schluß ziehen und zwar in der Art, daß die Strafaussetzung zur Bewährung nunmehr eindeutig von der Ebene des Gnadenrechts auf die des "richterlichen Urteilsspruchs" verlagert wurde, da ihre gnadenweise Behandlung zu großen Nachteilen und Schwierigkeiten geführt hatte [1].

An dem von Meister vorgetragenen weiteren Argument, das Nebeneinander von Strafaussetzung zur Bewährung gem. den Bestimmungen im StGB und JGG sowie in den Gnadenordnungen der Länder spreche für den Gnadencharakter aller Strafaussetzungen zur Bewährung, da die Rechtsnatur dieser Einrichtung nur einheitlich bestimmt werden könne, ist soviel richtig, daß die Aussetzung zur Bewährung auch heute noch im Gnadenwege gewährt werden kann [2]. Der weiteren Folgerung ist dann allerdings schon nicht mehr zuzustimmen. Aus der o.a. Tatsache, daß die Zielrichtung eines Gnadenaktes von der einer Strafaussetzung zur Bewährung gem. dem StGB und JGG wesensverschieden ist, läßt sich nämlich ohne Schwierigkeiten dieses Nebeneinander erklären [3].

Auch die weiteren Argumente Meisters stützen die von ihm vertretene Ansicht nicht. So mag es zwar richtig sein, daß § 25, II Nr. 1 StGB der Annahme widerspricht, bei der Strafaussetzung zur Bewährung handele es sich um eine besondere Strafart, diese Bestimmung steht aber keineswegs der Auffassung entgegen, die in dieser Einrichtung die Modifizierung einer Freiheitsstrafe hinsichtlich der Vollstreckung sieht.
Auch das aus § 263, IV StPO abgeleitete Argument dringt nicht durch. Richtig ist zwar, daß über die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung gem. dieser Bestimmung nur mit einfacher Mehrheit entschieden wird, während zu einer dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung über die Bemessung der Strafe eine

---

1) Bruns in GA 1956/199
2) vgl. z.B. §§ 20 ff Gnadenordnung NRW vom 1.1.1952
3) Lackner in JZ 1953/428 (429);
Für ein Nebeneinander von Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenakt spricht auch deutlich der Wortlaut des § 23, III Nr. 2 StGB bzw. des § 72, II Nr. 2 Entw. 1962

Zweidrittelmehrheit erforderlich ist. Nur die Ablehnung der Strafaussetzung zur Bewährung aber stellt eine für den Angeklagten nachteilige Entscheidung dar. Wenn auch diese mit Zweidrittelmehrheit getroffen werden müßte, könnte die Bewilligung der Strafaussetzung zur Bewährung schon von einer Minderheit durchgesetzt werden, was aber dem Gesetzgeber nicht angemessen erschien[1]. Die Sonderregelung des § 263, IV StPO bedeutet also nur, daß der Gesetzgeber die Anforderungen an die Bewilligung der Strafaussetzung zur Bewährung heraufgesetzt hat, besagt aber nichts positiv über den Charakter der gem. §§ 23 ff StGB möglichen Strafaussetzung zur Bewährung.

Zur Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Gnadenakt soll der Vollständigkeit halber noch erwähnt werden, daß der Bejahung des Gnadencharakters der im StGB und JGG geregelten Strafaussetzung zur Bewährung auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen[2]. Dem Bund steht das Begnadigungsrecht nämlich nur für diejenigen Fälle zu, in denen erstinstanzlich ein bundeseigenes Gericht, wie z. B. der Bundesgerichtshof gem. § 134 GVG, tätig wurde[3]. In den übrigen Fällen dagegen steht das Begnadigungsrecht als "Ausfluß der Justizhoheit"[4] gem. der in Art. 92 geregelten Gerichtsorganisation in Übereinstimmung mit § 452 StPO den Bundesländern zu. Für die Regelung der Strafaussetzung zur Bewährung als Gnadenmaßnahme auf Bundesebene wäre also eine Grundgesetzänderung notwendig gewesen. Diese Tatsache hat auch der Gesetzgeber von 1953 gesehen und bewußt vermieden[5]
Bei einer solchen Häufung von Gründen, die gegen den Gnadencharakter des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung sprechen, ist es fast selbstverständlich, daß diese Ansicht in Lehre[6] und Rechtsprechung[7] - mit den o. a. Aus-

1) Bruns in GA 1956/202; KMR § 263 Anm. 7
2) Dallinger-Lackner § 20 Anm. II
3) v. Mangoldt-Klein Art. 60 Bem. IV, 2
4) Schumacher S. 10
5) Amtl. Begr. zum Reg. Entw. des Dritten StrafRÄndG (BTD Nr. 3713 I. Wahlp. S. 26); Schriftl. Bericht über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes (BTD Nr. 4437 I. Wahlp. S. 6)
6) Eberh. Schmidt in ZStW 64/1 (7); Dallinger-Lackner in § 20 Anm. II; Egner in NJW 1953/1860; Hellmer in JZ 1956/714 Anm. 1; Mittelbach in JR 1955/5; Franke in DRiZ 1954/164; Lackner in JZ 1953/429; Nüse in JR 1952/1672; KMR § 331 Anm. 4, a; Jagusch in LK Bem. 1 vor §§ 23-26; Gerstner S. 36 ff
7) BGHSt 10/288 (289); BGH in NJW 1954/39 (40); BGH in JZ 1957/756 (757); OLG Celle in GA 1954/123

nahmen - einmütig abgelehnt wird.

b) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Akt des Lohnes

Die von Oetker [1] und Heinrich Fischer [2] vertretene "Lohntheorie" [3] weicht von der vorstehend geschilderten und abgelehnten "Gnadentheorie" [4] insofern ab, als sie versucht, das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung nicht nur als eine der verhängten Strafe entgegengesetzte Maßnahme darzustellen, sondern sich bemüht, diese Einrichtung auch mit den erstrebten Zielen der ausgesprochenen Strafe in Einklang zu bringen.
So soll die Strafaussetzung zur Bewährung nach den Ausführungen Oetkers [5] den Erziehungs- und Besserungszweck der verhängten Strafe dadurch erfüllen, daß die Aussicht auf Straffortfall den Täter in Zukunft zu einem gesetzmäßigen Lebenswandel anhält. Daneben soll sie aber auch der Verwirklichung des Vergeltungs- und Sühnegedankens der Strafe dienen, da kriminelles Unrecht nicht nur durch "Belohnung des Wohlverhaltens" [6] während einer bestimmten Frist nach ausgesetzter Vollstreckung einer Freiheitsstrafe möglich sei.

Zur Begründung dieser Theorie weist Fischer [7] darauf hin, daß der sie stützende Gedanke des "lohnweisen Strafnachlasses" [8] dem geltenden Strafrecht nicht fremd sei und z. B. zur Schaffung der Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts beim Versuch (§ 46 StGB) geführt habe.

Dieser so begründeten Ansicht stehen aber ebenso wie der Gnadentheorie durchschlagende Bedenken gegenüber. Hierbei handelt es sich einmal darum, daß es sich nicht erklären läßt, warum gerade ein Rechtsbrecher belohnt werden soll [9], zum anderen berücksichtigt eine in der vorstehend beschriebenen Wei-

---

1) GS 70/321 (362 ff);
zustimmend: Hellm. Mayer § 65, I, 2
2) S. 40 ff
3) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 165
4) Peters a. a. O.
5) GS 70/364 Anm. 3
6) Oetker GS 70/364
7) S. 40
8) Oetker a. a. O. S. 364
9) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 165; Demski S. 12/13 unter Berufung auf Allfeld S. 190

se vorgenommene dogmatische Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung weder den Ausgangspunkt noch das kriminalpolitische Ziel dieser Einrichtung. Wie auf S. 23 ff ausgeführt wurde, besteht das kriminalpolitische Ziel der Strafaussetzung zur Bewährung darin, durch Resozialisierung der hierfür geeigneten Täter eine Senkung der Gesamtkriminalität herbeizuführen. Ihrem Ausgangspunkt nach beruht diese Bestrebung dabei auf der Erkenntnis, daß durch eine Verbüßung kurzfristiger Freiheitsstrafen die mit einer Strafe erstrebten Ziele in der Mehrzahl der Fälle nicht erreicht werden können. Bei der Strafaussetzung zur Bewährung kann man also - wie Peters [1] es ausdrückt - "von einer Anpassung der staatlichen Reaktion an neuzeitliche Anschauungen" [2] sprechen.

Von dieser Grundkonzeption der Strafaussetzung zur Bewährung hergesehen, kann es sich bei dieser Einrichtung daher ebensowenig um einen Lohn handeln wie bei dem Dieb, der infolge geänderter Anschauungen heute nicht mehr gehängt, sondern nur eingesperrt wird oder sogar nur eine Geldstrafe zahlen muß [3].

c) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer Besserungsmaßnahme

Ausgehend vom kriminalpolitischen Grundgedanken der Strafaussetzung zur Bewährung, durch Resozialisierung der Verurteilen eine Senkung der Gesamtkriminalität herbeizuführen [4], erscheint es fast konsequenterweise notwendig zu sein, diese Einrichtung als "bessernde Maßnahme" [5] in unser Strafrechtssystem einzugliedern [6].

Ein Verdienst der "Großen Strafrechtskommission" ist es aber, auf Grund der im Entwurf 1962 geleisteten Arbeit, nunmehr neben den sich aus § 263, I und IV sowie § 267, III, 3 und VI StPO ergebenden Gründen weitere "gesetzlich" fun-

---

1) a.a.O. S. 165
2) Der Begriff "neuzeitliche Anschauungen" ist an dieser Stelle i.S. von "geänderte Anschauungen" zu verstehen.
3) Peters: a.a.O. S. 165
4) vgl. S. 23 ff
5) Eberh. Schmidt in ZStW 64/1 (7)
6) Diese Auffassung vertritt neben Eberh. Schmidt auch Armin Kaufmann in JZ 1958/297 (298).

dierte Argumente gegen diese Auffassung anführen zu können. Dieser Entwurf hat nämlich, ohne eine grundsätzliche Reform der 1953 in das Erwachsenenstrafrecht eingeführten und in das Jugendstrafrecht wiedereingeführten Strafaussetzung zur Bewährung zu bringen, die verschiedenartigen Zwecke dieser Einrichtung herausgestellt und zur Verdeutlichung der Verschiedenartigkeit im Bereich der Bewährungsmaßnahmen eine scharfe Trennung zwischen "Weisungen" (§ 75) und "Auflagen" (§ 74) vorgenommen [1]. Damit sollte klargestellt werden, daß die Strafaussetzung zur Bewährung grundsätzlich für zwei verschiedene Tätergruppen in Betracht kommt [2].

Hierbei handelt es sich einmal um Personen, die auf Grund einer außergewöhnlichen, sich voraussichtlich nicht wiederholenden Situation gestrauchelt sind, und zum anderen um solche, die zum "Kreise der kriminell Bereiten" [3] gehören und zu ihrer Resozialisierung in der Bewährungszeit der Aufsicht und Hilfe bedürfen.

Aus dieser Unterschiedlichkeit der Tätergruppen ergibt sich aber, daß eine Strafaussetzung zur Bewährung teilweise auch dann anzuordnen ist, wenn ein bessernder Einfluß hiermit gar nicht erstrebt wird, weil es bei dem infolge einer besonderen Situation einmal Gestrauchelten gar keiner Besserung bedarf [4], sondern sich die Resozialisierung bei einem solchen Täter ohne fremde Hilfe vollzieht. Soll die Strafaussetzung zur Bewährung aber nur in einem, wenn auch dem größten Teil der Fälle bessernd auf die Betroffenen einwirken, so kann nicht das gesamte Institut als "bessernde Maßnahme" angesehen werden. [5]

d) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer Sicherungsmaßnahme

Wie bei der Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer Besserungsmaßnahme, so lassen sich aus den §§ 263, 267 StPO auch gegen die von

---

1) Amtl. Begründung des Entwurfs 1962 S. 194 ff
2) Amtl. Begründung des Entwurfs 1962 S. 196
3) Lackner in JZ 1953/428 (31)
4) Amtl. Begründung des Entwurfs 1962 S. 196/197
5) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 156; Demski S. 13

Vriy [1] und früher auch von Eberh. Schmidt [2] vertretene Ansicht, es handele sich bei der Bewährungsaussetzung um eine "sichernde Maßnahme" durchschlagende Argumente ableiten.
Gem. § 263, I StPO ist zu einer dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung, welche die Anordnung einer Maßregel der Sicherung betrifft, eine Mehrheit von Zweidrittel der Stimmen erforderlich, während über die Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 263, IV StPO nur mit einfacher Mehrheit zu entscheiden ist.

Auch die im § 267, III, 3 StPO getroffene Regelung spricht gegen die Möglichkeit, in der Strafaussetzung zur Bewährung eine Maßnahme der Sicherung zu sehen. Wäre dieses der Fall, so wäre die o.a. Bestimmung vom Gesetzgeber geschaffen worden, obwohl es ihrer wegen der bereits im § 267, VI StPO vorhandenen Regelung gar nicht bedurft hätte.

e) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer selbständigen Strafart

Nachdem die Strafaussetzung zur Bewährung durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 und das Jugendgerichtsgesetz vom gleichen Tage sowohl in das Erwachsenen- als auch in das Jugendstrafrecht eingeführt bzw. wiedereingeführt worden war, war es ein Verdienst von Jagusch [3], als erster darauf hingewiesen zu haben, daß es zur Vermeidung von Widersprüchen bei der Beantwortung der durch die Einführung dieser Einrichtung entstandenen Einzelfragen notwendig ist, die Strafaussetzung zur Bewährung zunächst dogmatisch in das deutsche Strafrechtssystem einzuordnen.

In der von ihm aus diesem Grunde an der o.a. Stelle vorgenommenen Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung kommt er zu dem Ergebnis, daß es sich bei dieser in den §§ 23 bis 25 StGB geregelten Einrichtung um eine selbständige Strafart (= Strafaussetzung zur Bewährung mit oder ohne Bewährungsauflagen) handele, die in der Strafenskala jeweils unmittelbar

---

1) ZStW 66/218 (229)
2) v. Liszt-Schmidt § 74 Anm. IV, 1
3) JZ 1953/688

hinter der gleichnamigen Freiheitsstrafe als mildere Strafart eingeordnet werden müsse [1] [2].

Den Ausgangspunkt seiner zu diesem Ergebnis führenden Überlegung bilden einmal der nach seiner Ansicht vorhandene völlige Gegensatz zwischen dem "verbrechenspolitischen Hauptzweck" [3] der neuen Einrichtung und dem der Freiheitsstrafe und zum anderen der Unterschied im Vollzug von Vollstreckungs- und Aussetzungsstrafe. Diese Gegensätzlichkeiten glaubt Jagusch darin erblicken zu können, daß eine Freiheitsstrafe grundsätzlich ganz oder zumindest zum größten Teil vollstreckt wird und dadurch die mit ihr erstrebten Strafzwecke erfüllt, während die bei Anwendung des § 23 StGB verhängte Strafe lediglich als "Druckmittel" zwecks Erfüllung der etwaigen Bewährungsauflagen und zur Förderung der Bewährung überhaupt erscheint und regelmäßig nicht zu verbüßen ist, sondern ihrem "kriminalpolitischen Hauptzweck" nach gerade die schädliche Verbüßung kurzfristiger Freiheitsstrafen verhindern soll.

Ein weiteres Argument für die Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung in der von ihm vorgenommenen Art glaubt Jagusch in der gesetzlichen Bestimmung des § 25, I, 2 StGB gefunden zu haben. Gemäß dieser Bestimmung kann das Gericht, wenn der Verurteilte sich bewährt hat, anordnen, daß über die Verurteilung nur noch beschränkte Auskunft [4] erteilt wird. In dieser Tatsache glaubt Jagusch aber eine so erhebliche Abweichung der Un-

---

1) In ihren verfahrensrechtlichen Konsequenzen für das Verschlechterungsverbot hat Jagusch diese Meinung im LK (8. Aufl.) § 23 Anm. 4, b ohne nähere Begründung aufgegeben.

2) Wie Jagusch in JZ 1953/688 - aber ohne nähere Begründung - ferner Maassen in MDR 1954/1 (2, III); Cüppers in NJW 1952/993; Blau in JR 1953/323; Amelunxen in DRiZ 1953/148; Reh in NJW 1954/484
Nüse in JR 1952/423 (424) schwankt zwischen den Möglichkeiten einer "besonderen Strafart" und einer "Modifizierung der Strafe".
Die Meinung, daß es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um eine selbständige Strafart handele, hat auch Jescheck in den Sitzungen der Großen Strafrechtskommission vertreten, die aber seinen Vorschlägen nicht folgte (vgl. ZStW 67/549/550; GA 1956/107 Anm. 23).
Auch in der Rechtsprechung hat diese Ansicht ihren Niederschlag gefunden (OLG Hamm in MDR 1954/374; LG Göttingen in NJW 1954/892; SchlHOLG in SchlHA 1953/293 (294).

3) a.a.O. S. 689

4) Zur Wirkung dieser Anordnung vgl. §§ 1, I/4 StraftilgG

rechtsfolgen einer Aussetzungsstrafe gegenüber denen einer Vollstreckungsstrafe zu erblicken, daß dieser Unterschied eine Rechtfertigung der von ihm vertretenen Ansicht bilde.

Auch der Tatsache, daß sowohl die Strafaussetzung zur Bewährung i.S. der §§ 23 ff StGB bzw. 20 bis 26 JGG als auch das System des "sursis" sowie das der "probation" auf dem gleichen kriminalpolitischen Grundgedanken beruhen[1], entnimmt Jagusch ein Argument für seine Ansicht. Er weist hierbei besonders darauf hin, daß es auch vom deutschen Gesetzgeber erwogen worden sei, den "weiteren Schritt zum Schuldspruch mit Bewährung unter Vorbehalt späterer Straffestsetzung", wie in den §§ 27 ff JGG geschehen ist, auch im Erwachsenenstrafrecht zu tun. Diese Tatsache spricht nach Ansicht von Jagusch deswegen für seine Auffassung, weil es - wie er glaubt - niemand bestreiten könne, daß der bloße Schuldspruch zur Bewährung, obgleich er bei Nichtbewährung zur nachträglichen Straffestsetzung führen könne, selbständig als mildere Strafart neben der Vollstreckungsstrafe stehe. Was aber für einen Schuldspruch zur Bewährung z.B. i.S. des § 27 JGG gelte, treffe ebenso auch für die Strafaussetzung zur Bewährung zu, da beide Regelungen nur "Abschattierungen" [2] des gleichen kriminalpolitischen Grundgedankens seien.

Diese von Jagusch ausführlich begründete Ansicht fand zunächst sowohl in der Literatur [3] als auch in der Rechtsprechung der Land- und Oberlandesgerichte[4] Anklang, zumal sich der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung in seiner Entscheidung vom 14. Oktober 1953 [5] in einer Art äußerte, die für diese Ansicht zu sprechen schien. So führte der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung z.B. aus: "Wie die Entstehungsge-

---

1) vgl. S. 23
2) JZ 1953/689
3) vgl. S. 52 Anm. 2
4) OLG Hamm in MDR 1954/374; SchlHOLG in SchlHA 1953/294; LG Göttingen in NJW 1954/892; LG Darmstadt in einem unveröffentlichten Urteil vom 9.8.1954 - 3 Ms 146/56 Ns - zitiert bei Eckels in NJW 1954/1672 Anm. 2
5) NJW 1954/39 (40)
In der Zwischenzeit liegen allerdings Stellungnahmen des BGH zur Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung vor, aus denen sich eindeutig ergibt, daß es sich bei der o.a. Entscheidung allein um eine ungenaue Formulierung handelt, aus der keine Argumente für die Straftheorie abgeleitet werden können (BGHSt 7/180 (184); BGH in NJW 1956/1567; NJW 1955/1485; JZ 1956/101)

schichte klar erkennen läßt, wollte der Gesetzgeber dem Gericht damit nicht eine reine Gnadenentscheidung, wie sie in der Regel der Vollstreckungsbehörde vorbehalten ist, übertragen, sondern ein neuartiges Mittel der Strafsanktion schaffen."

Die anfängliche Zustimmung änderte sich aber bald in eine allgemeine Ablehnung, da man bei Beantwortung der mit der Strafaussetzung zur Bewährung zusammenhängenden Einzelfragen erkannte, daß die zunächst für richtig gehaltene Ansicht von Jagusch zu merkwürdigen, teils bedenklichen Ergebnissen führte.

So war es z.B. nicht recht einzusehen, daß eine Gefängnisstrafe von 9 Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung milder sein sollte, als eine eintätige Gefängnisstrafe ohne Strafaussetzung zur Bewährung [1]. Als rechtlich nicht tragbar erschien auch die Unmöglichkeit einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung zwischen einer Aussetzungs- und Vollstreckungsstrafe [2] [3].

Neben dieser aus den unbefriedigenden Lösungen von Einzelfragen emporwachsenden Gegenansicht wurden im Laufe der Zeit aber auch Bedenken grundsätzlicher Art gegen die Unterteilung in Aussetzungs- und Vollstreckungsstrafe laut. Hierbei handelt es sich teilweise um Argumente, die Peters [4] bereits 1932 gegen den Strafcharakter der "Aussetzung auf Wohlverhalten" ins Feld geführt hatte und die auch nach der Einführung bzw. Wiedereinführung dieser Einrichtung in das Erwachsenen- und Jugendstrafrecht ihre Durchschlagskraft nicht eingebüßt haben.

So widerspricht es z.B. der Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung als eigenständige Strafart, daß auf Strafaussetzung auch nach erfolgtem Urteil noch im Beschlußwege erkannt werden kann [5]. Das gleiche gilt auch für die im Entwurf 1962 vorgesehene Möglichkeit der Aussetzung bei Maßregeln [6].

Hinzu kommt weiter, daß sich auch die gesetzliche Bestimmung des § 263, IV StPO nicht mit der von Jagusch vertretenen Ansicht vereinbaren läßt [7]. Mit

1) Armin Kaufmann in JZ 1958/297; Bruns in GA 1956/201.
2) Bruns a.a.O.
3) Gem. § 80 Entw. 1962 soll eine solche nachträgliche Gesamtstrafenbildung für das kommende Recht ausdrücklich zugelassen werden.
4) Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 154/155
5) vgl. § 57, I, 1 JGG
6) vgl. §§ 105 ff
7) Jagusch versucht diesen Widerspruch zu seiner Theorie dadurch zu beseitigen, daß er den § 263, IV StPO für systemwidrig erklärt und darum für seine baldige Beseitigung eintritt (JZ 1953/689)

Recht weist Mittelbach [1] darauf hin, daß man nicht zunächst mit qualifizierter Mehrheit [2] eine gerechte Bemessung der Strafhöhe vornehmen kann, wenn man sich erst danach mit einfacher Mehrheit über die Strafart schlüssig werden soll.

Zu dieser Vielzahl von Einzelargumenten tritt hinzu, daß es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung dogmatisch nur dann um eine neben der Vollstrekkungsstrafe stehende eigenständige Strafart handeln könnte, wenn diese sich von der Vollstreckungsstrafe durch Eigenschaften unterschiede, denen Strafcharakter zukäme.

Strafcharakter haben aber weder das vom Verurteilten während der Bewährungszeit geforderte Wohlverhalten, noch der für ihn durch die Bewährungszeit geschaffene Schwebezustand.

Der Pflicht des Verurteilten zum Wohlverhalten während der Bewährungszeit kommt deswegen kein Strafcharakter zu, weil nicht nur der unter Strafaussetzung Verurteilte, sondern grundsätzlich jeder Staatsbürger verpflichtet ist, ein "gesetzmäßiges und geordnetes Leben" zu führen. Die Pflicht zum Wohlverhalten wird dem Verurteilten also nicht erst durch ein auf § 23 StGB bzw. § 24 JGG gestütztes Urteil auferlegt, sondern liegt bereits in allen Strafnormen begründet, die ihm ein Handeln oder Unterlassen ver- oder gebieten [3]. Während dieses, soweit ersichtlich, allgemein anerkannt ist, gehen die Meinungen über den Strafcharakter des Schwebezustandes, den die Möglichkeit der Vollstrekkung der im Urteil ausgesprochenen Freiheitsstrafe für den Betroffenen schafft auseinander.

So wird die Ansicht vertreten [4], eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe wirke in Abweichung von der Vollstreckungsstrafe dadurch als Strafübel auf den Verurteilten ein, daß sie ihn während der gesamten Bewährungszeit zwinge, stets darum besorgt zu sein, es nicht zur Vollstreckung der drohenden Freiheitsstrafe kommen zu lassen. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden, da sie das Wesen der Strafe nicht voll erfaßt, indem sie das

---

1) JR 1955/5 (6)
2) § 263, I StPO
3) Schumacher S. 29
4) Oetker in ZStW 17/567; Lorenz in JR 1949/393; Jagusch in JZ 1953/688; Fischer S. 37; Lindemann S. 67

für eine Strafe erforderliche Sühneelement übersieht. Von einer Sühne kann bei dem durch die Bewährungszeit geschaffenen Schwebezustand nämlich nicht gesprochen werden. Er bedeutet im Gegenteil für die meisten Verurteilten nur eine Vergünstigung, da er ihnen die Möglichkeit gibt, die Vollstreckungsstrafe durch Wohlverhalten abzuwenden.

Aber auch in den Fällen, in denen der Betroffene den Schwebezustand als eine Last empfindet, fehlt es an dem der Strafe immanenten Merkmal, daß der "Übel als Übel" [1] wirken soll. Der Schwebezustand wirkt nämlich nur für den unter Strafaussetzung zur Bewährung Verurteilten als Last, der eine neue Straftat begehen will. Nur für ihn bedeutet er mehr als nur die gesetzliche Strafdrohung für jedermann, aber auch nur insofern, als er nunmehr mit doppelter Kraft von der Begehung einer Straftat abgehalten wird.

Man könnte außerdem noch daran denken, zwecks Stützung der Straftheorie die Auflagen auf ihren Rechtscharakter zu untersuchen. Eine solche Untersuchung der Auflagen ist in diesem Zusammenhang aber nicht möglich. Zur Begründung kann auf die Ausführungen auf S. 20 verwiesen werden, wo bereits dargelegt wurde, daß die Auflagen als nur fakultative Begleiterscheinungen einer Strafaussetzung zur Bewährung nicht nur dazu ungeeignet sind, den rechtlichen Charakter dieser Einrichtung zu bestimmen, sondern ihrerseits in ihrem Charakter erst bestimmt werden können, nachdem die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung feststeht [2]. Ungeeignet zur Stützung der Straftheorie erweist sich ferner - ohne Rücksicht auf ihre Rechtsnatur - auch die in der bloßen Festsetzung von Art und Höhe der Freiheitsstrafe enthaltene "öffentliche Mißbilligung" [3] des Betroffenen. Diese öffentliche Mißbilligung ergibt sich nämlich schon aus der Verhängung der Strafe und nicht erst aus dem Ausspruch der Aussetzung [4]. Sie stellt somit keine Eigenschaft dar, welche der Aussetzungsstrafe im Gegensatz zur Vollstreckungsstrafe anhaftet.

Nach Aufführung dieser großen Anzahl von Einzelheiten und grundsätzlicher Er-

---

1) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 154; ebenso: Demski S. 26; Schumacher S. 29/30
2) so ausdrücklich Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 52 Anm. 1 und S. 65
3) Schumacher S. 30
4) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 154; Kaufmann in JZ 1958/297 (298)

wägungen, die gegen die Straftheorie sprechen, bleibt abschließend noch die Aufgabe, die von Jagusch für seine Ansicht aufgeführten Argumente auf ihre Überzeugungskraft zu untersuchen.

Wenn Jagusch zur Begründung seiner Theorie zunächst auf den völligen Gegensatz zwischen dem "verbrechenspolitischen Hauptzweck" der Aussetzungsstrafe und dem der Vollstreckungsstrafe sowie auf ihren Unterschied im Vollzug hinweist [1], so läßt sich gegen diese Behauptung zwar nichts einwenden, sie führt auf der anderen Seite aber auch keinen Schritt weiter bei der Klärung der Frage nach der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung. Daß es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um eine der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe entgegengesetzte Maßnahme handelt, wird nämlich auch von den Vertretern anderer Theorien [2] nicht verkannt, so daß sich aus der o.a. Gegensätzlichkeit zwischen Aussetzungs- und Vollstreckungsstrafe keinen zwingenden Schlüsse für die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung ergeben.

Auch das von Jagusch aus § 25, I, 2 StGB abgeleitete Argument [3] vermag seine Theorie nicht zu stützen. Mit dieser Bestimmung sollte nämlich - wie sich aus der "Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes" [4] ergibt - lediglich "die Möglichkeit eröffnet werden, die schwerwiegenden Fernwirkungen der Freiheitsstrafe, die das spätere Fortkommen des Verurteilten vielfach hemmen oder ganz vereiteln, in einem mit dem öffentlichen Interesse zu vereinbarenden Umfang beseitigen zu können." Diese Bestimmung bietet also ebenfalls keinen Anhaltspunkt für die Einführung einer neuen Strafart durch die Schaffung der Strafaussetzung zur Bewährung.

Wenn Jagusch zur Begründung seiner Ansicht schließlich davon ausgeht, daß niemand bestreiten könne, daß der bloße Schuldspruch zur Bewährung selbständig als mildere Strafart neben der Vollstreckungsstrafe stehe und dieses auch für die Strafaussetzung zur Bewährung i.S. der §§ 23 ff StGB bzw. der §§ 20 ff JGG zu gelten habe, da sowohl die Strafaussetzung zur Bewährung als auch das

---

1) vgl. S. 52
2) vgl. z.B. Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, S. 152
3) vgl. S. 52 f
4) BTD Nr. 3713, I. Wahlp. S. 30

System des "sursis" sowie das der "probation" auf dem gleichen kriminalpolitischen Grundgedanken beruhen [1], so ergeben sich gegen diese Beweisführung zunächst Bedenken daraus, daß an die Stelle einer Begründung eine durch nichts bewiesene Behauptung gestellt wird. Bedenklich erscheint es ferner, die Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung davon abhängig zu machen, in welcher Phase "der Arm der Strafrechtspflege" [2] durch eine Bewährungsmaßnahme aufgehalten wird. Mit dem gleichen Recht, mit dem Jagusch auf die Bestimmung des § 27 JGG Bezug nimmt und auf diese Regelung seine Ansicht stützt, könnte man nämlich seinen Blick auf die Bestimmung des § 57, I, 1 JGG richten, nach der es möglich ist, auch nach Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe diese durch Beschluß zur Bewährung auszusetzen. Von dieser Bestimmung ausgehend käme man aber zu einem der Ansicht von Jagusch entgegengesetzten Ergebnis, da es für eine Strafe an der Zufügung eines "Übels als Übel" [3] fehlt, wenn eine Freiheitsstrafe nachträglich zur Bewährung ausgesetzt wird. Hieraus zeigt sich aber deutlich, daß sich keine Argumente für die Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung aus den verschiedenen Zeitpunkten, zu denen diese Einrichtung im Ablauf eines Strafverfahrens angeordnet werden kann, herleiten lassen, womit aber gleichzeitig das letzte von Jagusch für seine Theorie angeführte Argument widerlegt ist.

f) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einem Akt der Strafzumessung

Allen Vertretern der Ansicht, daß es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um einen Akt der Strafzumessung handele [4], ist es gemeinsam, daß sie weder eine nachprüfbare Begründung für ihre Ansicht geben noch sich überhaupt näher hierzu äußern. Es ist daher nicht auszuschließen, daß zumindest teilweise mit dieser Ansicht nur zum Ausdruck gebracht werden soll, bei der Anordnung der Strafaussetzung zur Bewährung seien die gleichen Erwägungen anzu-

---

1) vgl. S. 23
2) Schröder in NJW 1952/6 (7)
3) Peters: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 154
4) Dallinger in JZ 1953/433 (435); Egner in NJW 1953/1859 (1860); Frey in ZStW 65/3 (22); OLG Oldenburg in NJW 1954/1091; SchlHOLG in SchlHA 1953/293 (294); OLG Braunschweig in NJW 1953/1762 und in NJW 1954/284

stellen, wie dieses bei der Strafzumessung zu geschehen habe, da die Strafaussetzung zur Bewährung eine mildere, neben der Vollstreckungsstrafe stehende eigenständige Strafart darstelle [1].
Soweit die obige Ansicht in dieser Art verstanden werden muß, kann zu ihrer Ablehnung auf die Ausführungen auf S. 51 ff verwiesen werden.

Aber auch für den Fall, daß der Strafaussetzung zur Bewährung ein der Zubilligung mildernder Umstände oder der im § 27b StGB enthaltenen Regelung ähnlicher Charakter unterstellt wird [2], stehen dieser Ansicht durchschlagende Argumente entgegen. Diese ergeben sich bereits aus dem Ausgangspunkt dieser Ansicht. So trifft es nämlich nicht zu, daß die Zubilligung mildernder Umstände und die im § 27b StGB enthaltene Regelung den gleichen Charakter haben. Während durch die Zubilligung mildernder Umstände die im konkreten Fall gerechte Strafe gefunden wird, ist in einem Fall, in dem § 27b StGB zur Anwendung kommt, die gerechte Strafe die zunächst ermittelte Freiheitsstrafe. Zwar dienen beide Regelungen zur Bestimmung der vom Täter zu erleidenden Strafe, dieser Umstand allein reicht aber nicht zu ihrer charakterlichen Gleichstellung. Die Festsetzung der zu erleidenden Strafe kann neben dem Bestreben nach Gerechtigkeit auch noch auf anderen Gründen, z. B. auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen. Diese Gründe sind aber gerade ausschlaggebend für den Charakter der Maßnahme.
Stimmen somit die Zubilligung mildernder Umstände und die im § 27b StGB enthaltene Regelung charaktermäßig nicht überein, so kann auch nicht davon gesprochen werden, die Strafaussetzung zur Bewährung habe einen diesen beiden Bestimmungen entsprechenden Charakter.
Der o. a. Ansicht kann aber auch dann nicht zugestimmt werden, soweit sie nur ganz allgemein dahin zu verstehen ist, daß die Strafaussetzung zur Bewährung einen Akt der Strafzumessung darstelle. Hiergegen spricht - wie Peters [3] es formuliert -, daß es sich bei der Strafzumessung um einen Hergang der Rechtsgestaltung handelt, während demgegenüber die Strafaussetzung nur Bewährung selbst eine Rechtsgestaltung darstellt. Hinzu kommt ferner, daß dieser Ansicht

---

1) Eine solche Auffassung liegt z. B. dem Urteil des SchlHOLG a. a. O. zugrunde.
2) so Egner a. a. O.
3) Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 155; ebenso Demski S. 27

auch die im § 263 StPO getroffenen Regelungen entgegenstehen. Während gem. § 263, I StPO zu einer dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung, welche die Bemessung der Strafe betrifft, eine Mehrheit von Zweidrittel der Stimmen erforderlich ist, wird über die Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 263, IV StPO nur mit einfacher Mehrheit entschieden.

g) Die Abgrenzung der Strafaussetzung zur Bewährung von einer "Mischsanktion"

Neben den vorstehend geschilderten und als unzutreffend erkannten Ansichten, nach denen es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung entweder um einen Gnadenakt, einen Akt des Lohnes, eine Besserungs- bzw. Sicherungsmaßnahme, eine selbständige Strafart oder einen Akt der Strafzumessung handeln soll, treten im Schrifttum Mischtypen auf, denen als zusammenfassendes Merkmal gemeinsam ist, daß ihre Verfechter in der Strafaussetzung zur Bewährung sowohl Merkmale der Strafe als auch solcher einer Maßregel zu erkennen glauben und eine dementsprechende dogmatische Einordnung dieser Einrichtung vornehmen.
So ist Maurach [1] der Ansicht, daß es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um eine richterliche Anordnung handele, die im formalen Gewande einer besonderen (zunächst bedingt nicht vollstreckbaren) Freiheitsstrafe materiell eine Besserungsmaßnahme darstelle.

Umgekehrt sieht Welzel [2] in der Strafaussetzung zur Bewährung zwar materiell aber nicht formell ein Strafmittel besonderer Art, das dem Richter ermögliche, das Strafübel mit Hilfe der Auflage dem Einzelfall anzupassen.
Nach der von Dallinger [3] vertretenen Ansicht handelt es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um ein "eigenartiges Reaktionsmittel", das weder reine Strafe noch reine Erziehungsmaßregel ist, sondern Elemente von beiden in sich vereinigt. [4]
Ein im Ausgangspunkt ähnlicher Gedanke findet sich bei Dreher [5]. Er bezeich-

1) LB AT § 64, a II A
2) LB § 33, I, 4
3) Dallinger-Lackner § 20 Anm. 1
4) im Ergebnis ähnlich: Schäfer in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer zu § 23 Anm. d und Gerstner S. 54
5) ZStW 65/481(493); Schwarz-Dreher § 23 Anm. 1; Dreher-Maassen § 23 Anm. 1

net die Strafaussetzung zur Bewährung ebenfalls als ein kriminalpolitisches Reaktionsmittel eigener Art, da er der Ansicht ist, daß es sich hierbei um die Koppelung von bessernder Maßregel und Strafe handele, bei der aber die Strafe erst dann vollzogen werde, wenn die Maßregel ihren Zweck nicht erreicht habe. Nach der Ansicht von Dreher handelt es sich also um ein Vikariieren zwischen Maßregel und Strafe mit der Besonderheit, daß zunächst versucht werden muß, ob als staatliche Reaktion auf die Straftat eine Maßregel ausreicht.

Auch Dünnebier [1], in der wohl jüngsten Stellungnahme der Literatur zur Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung, vertritt die Ansicht, daß diese Einrichtung als "Mischsanktion" angesehen werden müsse. In Abweichung von den anderen unter dieser Sammelbezeichnung vorstehend angeführten Auffassungen erblickt er in dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung allerdings weder ein Vikariieren zwischen Maßregel und Strafe noch ein schlichtes Koppeln beider Reaktionen, sondern sieht in dieser Einrichtung eine einheitliche Sanktion. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an, die Strafaussetzung zur Bewährung wirke einheitlich - wenn auch äußerlich getrennt - sowohl als Maßregel als auch als Strafe auf den Betroffenen ein und führe erst in dieser unlösbaren Vermischung beider Reaktionsmittel die mit dieser Einrichtung erstrebte Wirkung herbei.

Allen diesen unter der von Dünnebier geprägten Sammelbezeichnung zusammengefaßten Ansichten über die Rechtsnatur des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung ist es gemeinsam, daß sie infolge ihrer Kompromißlösung [2] entweder gar nicht oder zumindest nicht eindeutig erkennen lassen, welche Gesichtspunkte für die Beurteilung der von der dogmatischen Einordnung in das deutsche Strafrechtssystem abhängenden Einzelfragen maßgebend sein sollen.

Es bleibt daher nur eine Vermutung, wenn für die vorliegende Untersuchung angenommen wird, daß aus der von Maurach a.a.O. gewählten Formulierung zu erkennen sei, daß er in dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung eine Besserungsmaßregel sehe und dementsprechend die hiervon abhängigen Einzelfragen zu beantworten seien. [3] Sollte diese Vermutung richtig sein, so ständen

1) ZStW 72/32/32 (33)
2) Bruns in GA 1956/200
3) Zum gleichen Ergebnis, aber ohne nähere Begründung, kommt auch Schumacher S. 5

dieser Ansicht die bereits auf S. 49 f angeführten Argumente entgegen. Sollte es demgegenüber zutreffen, daß Maurach - wie Dünnebier [1] meint - in der Strafaussetzung zur Bewährung ein "neuartiges Mittel der Strafsanktion" zu sehen glaubt, so erscheint mir diese Definition zu unbestimmt, um hierzu bereits in diesem Zusammenhang abschließend Stellung nehmen zu können. Unter einem "neuartigen Mittel der Strafsanktion" läßt sich sowohl eine eigenständige Strafart [2] als auch eine Modifizierung einer Freiheitsstrafe in der Vollstreckung verstehen [3].

Zur Frage, ob es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung um eine Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe handelt, soll aber erst auf S. 64 ff Stellung genommen werden.

Von dieser Stellungnahme hängt gleichzeitig auch die abschließende Wertung der von Dallinger [4] vertretenen Ansicht ab.

Abzulehnen wäre seine Auffassung bereits an dieser Stelle nur dann, wenn man sie eindeutig dahin zu verstehen hätte, bei der Strafaussetzung zur Bewährung handele es sich um ein eigenständiges Reaktionsmittel. Einer solchen Ansicht ständen, zumindest teilweise, die gleichen Gründe entgegen, wie sie auf S. 51 ff gegen die Ansicht von Jagusch [5], es handele sich um eine eigenständige Strafart, angeführt wurden. So wäre z. B. auch hier eine ähnliche Einordnung in die Strafenskala wie bei einer selbständigen Strafart erforderlich, wodurch die hiermit verbundenen, nicht zu billigenden Konsequenzen ausgelöst würden. Ferner entfiele wegen der Verschiedenartigkeit von "eigenständigem Reaktionsmittel" und Freiheitsstrafe die Möglichkeit einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung.

Die von Dallinger für seine Auffassung gegebene Begründung, bei der Strafaussetzung zur Bewährung handele es sich um eine strafrechtliche Behandlungsmethode in der Freiheit, die einmal gekennzeichnet sei durch die der Strafe eigene scharfe Mißbilligung und zum anderen durch die erzieherische Einwirkung während eines bestimmten Zeitraumes mit Hilfe der Drohung der bei Wi-

1) ZStW 72/32
2) vgl. S. 51 ff
3) vgl. BGH in NJW 1954/39 (40) und die hieraus abgeleiteten verschiedenartigen Ansichten (OLG Hamm in MDR 1954/374; LG Göttingen in NJW 1954/892; Mittelbach in JR 1955/5 (6); Eckels in NJW 1954/1672)
4) Dallinger-Lackner § 20 Anm. I
5) JZ 1953/688

derruf erfolgenden Anstaltsvollstreckung läßt neben der o.a. abzulehnenden Deutung aber noch eine andere Interpretation zu und zwar in die Richtung, in der Strafaussetzung zur Bewährung eine Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu sehen. Diese zweite Deutungsmöglichkeit macht es damit erforderlich, auch hinsichtlich der von Dallinger vertretenen Ansicht mit der abschließenden Stellungnahme zu warten, bis geklärt wurde, ob es sich bei dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung um eine Modifizierung einer Freiheitsstrafe handelt.
Obwohl im Schrifttum [1] die von Welzel [2] vertretene Ansicht als der Straftheorie zuneigend hingestellt wird, scheint mir auch dieses nur eine Vermutung zu sein, da auch Welzel durch Gegenüberstellung von formeller und materieller Betrachtungsweise einen Kompromiß hinsichtlich der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung anstrebt und es somit an einer eindeutigen Stellungnahme fehlen läßt [3]. Sollte die o.a. Einordnung, für welche die von Welzel gewählte Formulierung zu sprechen scheint, zutreffend sein, so müßte diese Ansicht aus den auf S. 51 ff dargestellten Gründen abgelehnt werden.

Nicht gefolgt werden kann ferner der von Dreher [3] vertretenen Auffassung. Seine Behauptung, es handele sich bei dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung um eine Koppelung von bessernder Maßregel und Strafe in der Art, daß die Strafe erst und nur dann vollzogen werde, wenn die Maßregel ihren Zweck nicht erreicht habe, widerspricht der tatsächlichen Ausgestaltung dieser Einrichtung innerhalb unserer Rechtsordnung. So treten trotz erfolgreicher Strafaussetzung zur Bewährung für den Verurteilten Folgen ein, die nur der Strafe zugehörig sind, so z.B. die Eintragung in das Strafregister oder die Tauglichkeit der Aburteilung als Rückfallvoraussetzung [4].

Abzulehnen sein dürfte schließlich auch die von Dünnebier [5] vertretene Ansicht einer unlösbaren Durchdringung von Maßregel und Strafe im Institut der Strafaussetzung zur Bewäh rung. Diese Ansicht stützt sich in ihrer Begründung

---

1) Maurach LB AT § 64, a II, A
2) LB § 33, I, 4
3) Bruns in GA 1956/200
4) ZStW 65/481 (493)
5) Dallinger-Lackner § 20 Anm. I
6) ZStW 72/32 (33)

zu einseitig auf die "erfolgreiche Strafaussetzung" und berücksichtigt nicht im erforderlichen Umfang auch die gem. § 25, II StGB stets bestehende Möglichkeit eines Widerrufs. Handelt es sich bei der Strafaussetzung zur Bewährung - wenn auch nur beschränkt auf einen Teil ihrer Wirkungen - um eine Strafsanktion, so wäre der Verurteilte in den Widerrufsfällen doppelt bestraft [1]. Dieses widerspräche aber dem Grundsatz, daß niemand wegen einer Tat doppelt Strafe erleiden darf. Gegen die von Dünnebier vertretene Ansicht spricht ferner, daß er bei der Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung als Mischsanktion in die Strafenskala zu ähnlich unhaltbaren Ergebnissen käme, wie dieses bei der von Jagusch vertretenen Straftheorie der Fall ist [2].

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, so zutreffend es sein mag, abstrakt, d.h. losgelöst von gesetzlichen Bestimmungen in der Strafaussetzung zur Bewährung eine Mischsanktion zu sehen, de lege lata stehen dieser Ansicht durchschlagende Argumente entgegen.

h) Ist die Strafaussetzung zur Bewährung eine "Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe" oder ein "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit"?

Mit der Frage, ob es sich bei dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung um eine Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe handelt und in welchem Verhältnis hierzu die Ansicht steht, die in dieser Einrichtung ein "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit" sieht, ist das eigentliche Problem der Klärung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung angeschnitten.

Die Argumente gegen die Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung als Gnadenakt, als Akt des Lohnes, als Besserungs- bzw. Sicherungsmaßnahme, als eigenständige Strafart, als Akt der Strafzumessung oder als eine "Mischsanktion" sind so stark [3], daß es zur Widerlegung dieser Ansichten einer Gegenüberstellung mit anderen Meinungen nicht bedurfte.
Anders ist dieses aber bei der nunmehr zu klärenden Frage, da sowohl die An-

---

1) Kaufmann in JZ 1958/297 (298)
2) vgl. S. 51 ff
3) vgl. S. 42 ff

sicht, die in dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung eine Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe sieht, als auch für die Meinung, die diese Einrichtung als ein Mittel der Reaktionsbeweglichkeit bezeichnet, zutreffende Argumente angeführt werden können. Eine zur Klärung daher erforderliche Gegenüberstellung der beiden Ansichten ist aber erst nach Kenntnis der zu ihrer Begründung angeführten Argumente möglich.

a') Die Strafaussetzung zur Bewährung als "Modifizierung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe"

Alle Begründungen in Rechtsprechung und Literatur, die zu dem Ergebnis führen, in der Strafaussetzung zur Bewährung sei die Modifizierung der Vollstrekkung einer Freiheitsstrafe zu sehen, gehen - wenn es auch nicht stets ausdrücklich betont wird - von der Behauptung aus, der Gesetzgeber habe 1953 mit der Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung durch die §§ 23 ff StGB und 20 ff JGG das hergebrachte Strafensystem nicht von Grund auf geändert, sondern nur eine Zwischenlösung geschaffen, die es ermögliche, die Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen "irgendwie" zu modifizieren [1]. Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes entnehmen die Vertreter dieser Ansicht unter Ablehnung "kriminalpolitischer Spekulationen" [2] einmal dem Wortlaut der §§ 23, I StGB, 20 JGG, der deutlich zwischen der - in ihrer Bezeichnung als Freiheitsstrafe unverändert gebliebenen - Strafe und der neuartigen Regelung ihrer Vollstreckung unterscheide. Außerdem weisen sie darauf hin, daß sich der Gesetzgeber, wie § 263, IV StPO zeige, hinsichtlich des oft propagierten Erziehungsstrafrechts bewußt Grenzen gesetzt habe und nicht eine neue Strafart habe schaffen wollen, Schließlich spreche auch die ständige Möglichkeit eines Überganges der zur Bewährung ausgesetzten Strafe in eine vollstreckbare Strafe [3] dagegen, in den beiden Ausgestaltungen verschiedenartige Unrechtsfolgen zu sehen [4].

Während insoweit unter den Vertretern der "Modifikationstheorie" [5] Einigkeit besteht, lassen sich aber deutlich Unterschiede in der Bestimmung der Art und

---

1) so ausdrücklich BGHSt 7/180 (184); Bruns in GA 1956/200 f; Eckels in NJW 1954/1672; KMR § 331 Anm. 4, a
2) Bruns a.a.O. S. 201
3) vgl. § 25, II Nr. 1 bis 4 StGB; § 26, II JGG; § 78, I Entw. 1962
4) KMR § 331 Anm. 4, a; Bruns in GA 1956/201
5) Schumacher S. 3

Weise erkennen, in der die Strafaussetzung zur Bewährung modifizierend auf die Vollstreckung der erkannten Freiheitsstrafe einwirken soll.
So wird die Ansicht vertreten [1], der Strafaussetzung zur Bewährung komme eine Doppelwirkung zu, indem sie einmal die Strafvollstreckung bedingt hinausschiebe und zum anderen den späteren Erlaß der Strafvollstreckung in Aussicht stelle. Eine ausführliche Begründung dieser Auffassung findet sich in dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 16. Dezember 1954 [2]. Zu der Frage, ob eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung gem. § 79 StGB auch möglich sei, wenn die frühere Strafe nach § 23 StGB zur Bewährung ausgesetzt worden war, enthält dieses Urteil folgende Ausführungen:

Die Vorschrift des § 79 StGB ergänze die §§ 74 ff StGB. Sie beruhe dabei auf dem Gedanken, daß ein Angeklagter, dessen Taten infolge mehr oder weniger zufälliger Umstände in verschiedenen Verfahren abgeurteilt werden, hierdurch weder einen Nachteil erleiden noch einen Vorteil erlangen dürfe. Dieses sei aber der Fall, wenn eine zur Bewährung ausgesetzte Einzelstrafe trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 79 StGB nicht in eine Gesamtstrafe einbezogen werden könne. Der Angeklagte brauche dann nämlich nur einen Teil der Einzelstrafen zu verbüßen, während er sonst eine aus allen verwirkten Strafen gebildete Gesamtstrafe zu verbüßen habe, falls nicht für diese Strafaussetzung zur Bewährung bewilligt werde.
Die aus diesem Grunde bejahte Notwendigkeit der Einbeziehung einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe in eine nach § 79 StGB gebildete Gesamtstrafe begründet der Bundesgerichtshof in seinem o.a. Urteil ferner noch mit folgender aus den §§ 453, II/460 StPO abgeleiteter verfahrensrechtlicher Überlegung:

Die Bestimmung des § 453, II StPO setze voraus, daß das Gericht, welches nach § 460 StPO eine Gesamtstrafe zu bilden habe, auch darüber befinden müsse, ob diese Gesamtstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden könne. Dieses werde aber wohl nur für den Fall praktisch werden, wenn zumindest eine der in die Gesamtstrafe einbezogenen Einzelstrafe bereits zur Bewährung ausgesetzt wor-

1) BGHSt 7/180 (184); BGH in JZ 1956/101; OLG Oldenburg in MDR 1955/436; BayObLG in NJW 1962/1261; Eckels in NJW 1954/1672; Mittelbach in JR 1955/5 (6); Preiser in NJW 1956/1221; Schaffstein § 25, I; Bruns in GA 1956/193 (200 ff); Rein in DRiZ 1957/238; Hennke in DRiZ 1955/4; Schönke-Schröder § 23 Anm. II; KMR § 331 Anm. 4, a
2) BGHSt 7/180 ff

den war. Der Gesetzgeber gehe also davon aus, daß mit einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe eine Gesamtstrafe gebildet werden dürfe. Diese Möglichkeit bestehe, wie ein Blick auf die Bestimmung des § 79 StGB zeige, aber nur, wenn es sich bei einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe um eine zunächst nicht zu vollstreckende Freiheitsstrafe handele.

Da die Strafaussetzung zur Bewährung nach dieser überwiegend vertretenen Meinung hemmend auf die Strafvollstreckung einwirkt, wurde sie von Hellmer [1] zutreffend als "Hemmungstheorie" bezeichnet.
In Abweichung von dieser Theorie sieht Hellmer selbst [2] in der Strafaussetzung zur Bewährung keine Hemmung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe, sondern eine Umwandlung ihres Vollzuges. Nach seiner Ansicht begründet das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung die Möglichkeit, ausgesprochene Freiheitsstrafen nicht allein in die Freiheit des Verurteilten zu vollstrecken, sondern auch in seine "Sozialkraft". Dieses bedeute, daß der Betroffene innerhalb seiner normalen Umgebung angespornt werde, durch Bewirken eigener positiver Leistungen die Freiheitsentziehung abzuwenden. Diese "facultas alternativa" [3] sei dabei von gleicher Schwere wie die gewöhnliche Vollstreckung einer Freiheitsstrafe in einer Strafanstalt, so daß die Aussetzungsstrafe - zumindest gegenüber der gleichhohen Vollstreckungsstrafe - keine Milderung darstelle.

Dieser von Hellmer vertretenen "Umwandlungstheorie" [4] kann aber nicht zugestimmt werden. In unlösbare Schwierigkeiten gerät sie nämlich, wenn sie erklären soll, warum es nicht gegen das Verbot einer doppelten Bestraftung [5] verstößt, wenn der unter Strafaussetzung Verurteilte die Freiheitsstrafe dennoch

---

1) JZ 1956/714
2) JZ 1956/714 und "Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht" S. 10 ff; ähnlich Hum S. 56
3) JZ 1956/715
4) Schumacher S. 4
5) Das Verbot einer doppelten Bestrafung im vorliegenden Sinne läßt sich zwar nicht unmittelbar aus Art. 103, III GG ableiten (so Schumacher S. 16), da diese Bestimmung nur einer mehrmaligen Aburteilung in verschiedenen Verfahren entgegensteht (Grethlein in NJW 1957/1462 (1464); sie dürfte aber als prozessuale Ausprägung eines allgemeinen Grundsatzes anzusehen sein, der es verbietet, daß jemand auf Grund desselben Sachverhaltes mehrmals zur Sühne herangezogen wird. (Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 58)

im vollen Umfang in einer Anstalt verbüßen muß, falls die Aussetzung widerrufen wird. Wäre die von Hellmer vertretene Ansicht richtig, so müßte bereits während der bis zum Widerruf vergangenen Bewährungszeit die Freiheitsstrafe zumindest teilweise in die "Sozialkraft" des Verurteilten vollstreckt worden sein.

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, ein Bewährungsvollzug habe im Fall der Nichtbewährung des Verurteilten gar nicht stattgefunden, da einem solchen Einwand die im § 25, IINr. 1 und 4 StGB aufgeführten Widerrufsgründe entgegenständen. Nach diesen Bestimmungen ist ein Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung auch aus vor dem Urteilserlaß liegenden Gründen möglich, so daß von einer Nichtbewährung des Verurteilten in diesen Widerrufsfällen gar nicht gesprochen werden kann.

Gegen die Umwandlungstheorie spricht ferner, daß ein ambulanter Vollzug einer Freiheitsstrafe überhaupt nicht denkbar ist [1]. Sobald eine Strafe in der Freiheit verbüßt werden kann, spricht dieses für ihren, von einer Freiheitsstrafe wesensverschiedenen Charakter. Eine solche Strafe kann zwar eine Freiheitsstrafe insgesamt ersetzen [2], niemals aber nur ihren Vollzug.

Im Gegensatz zu der Hemmungs- und Umwandlungstheorie sieht Lange [3] in der Strafaussetzung zur Bewährung nicht nur die Modifizierung einer Freiheitsstrafe hinsichtlich der Vollstreckung, sondern einen "neuen Modus des Bestrafens" [4] [5].

Zur Begründung seiner Theorie führt er aus, der primäre und eigentliche Sinn der Strafe sei nicht in dem Vollzugsübel zu sehen, sondern in der öffentlichen Mißbilligung der Tat durch die Festsetzung der Strafe. Mit einer Freiheitsstra-

---

1) so auch Schumacher S. 16

2) vgl. als Beispiel § 27b StGB

3) Kohlrausch - Lange Vorbem. II, 8 vor §§ 23-26; Materialien zur Strafrechtsreform (1954) 1. Bd. S. 69 (75); ebenso: Lindemann S. 67

4) Eine ähnliche Theorie vertrat schon v. Bar in seinem 1882 erschienenen Handbuch des Deutschen Strafrechts S. 360

5) Obwohl die von Lange vertretene Auffassung grundsätzlich nicht unter den o.a. Begriff der Modifikationstheorie fällt, steht sie dieser Theorie doch so nahe und stimmt mit ihr sogar dahingehend überein, daß in der zur Bewährung ausgesetzten Strafe eine Freiheitsstrafe zu sehen sei, daß die hier gewählte zusammenhängenden Behandlung mit der Modifikationstheorie berechtigt sein dürfte.

fe könne daher in zweierlei Art gestraft werden, und zwar einmal durch die bloße Verhängung der Strafe und zum anderen durch die zusätzliche Vollstrekkung. Bei der Bestrafung unter Strafaussetzung zur Bewährung komme also, da hierbei auf das sekundäre Vollzugsübel bedingt verzichtet werde, der primäre Wesensgehalt der Strafe besonders deutlich zum Ausdruck. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe diene somit in erster Linie nur der Kennzeichnung des Grades der öffentlichen Mißbilligung der Tat und des Täters und erst an zweiter Stelle dazu, evtl. als Vollzugsübel zu wirken.

Diese von Lange vertretene "Mißbilligungstheorie" [1] fordert in mehrfacher Hinsicht zum Widerspruch auf.

Schon hinsichtlich ihres Ausgangspunktes kann ihr nur teilweise zugestimmt werden. So ist es zwar richtig, wenn Lange [2] ausführt, der Sinn einer Strafe bestehe nicht in einem Quälen und Peinigen, nicht zuzustimmen ist ihm aber in der weiteren Behauptung, der ursprünglichen Bedeutung nach sei die Strafe als ein Tadeln zu verstehen. In Wirklichkeit soll durch die Strafe nicht nur der Täter getadelt, sondern ein Verstoß gegen die Rechtsordnung gesühnt werden. Diese Sühne erschöpft sich grundsätzlich aber, wie die gesetzlichen Regelungen zeigen [3], nicht in dem Ausspruch einer Mißbilligung von Tat und Täter, sondern geht darüber hinaus und läßt das Unwerturteil dem Rechtsbrecher durch eine zusätzliche Rechtseinbuße fühlbar werden.

An dieser Stelle könnte zwar mit Recht eingewandt werden, auch eine ausgesprochene Mißbilligung schaffe eine Rechtseinbuße, da das allgemeine Ansehen des Betroffenen hierdurch gemindert werde. Diese Tatsache trüge aber nichts zur Stützung der Mißbilligungstheorie bei. Aus dem Umstand, daß eine Strafe auch in die Ehre eines Menschen vollstreckt werden kann, ergibt sich keineswegs, daß dieses auch bei einer Freiheitsstrafe möglich ist. Vielmehr läßt sich im Gegenteil sagen, sowie eine Ehrenstrafe in das allgemeine Ansehen des Betroffenen vollstreckt werden muß, so muß eine Haft- oder Gefängnisstrafe durch Freiheitsentzug verbüßt werden [4]. Wird also in einem Urteil nur eine öffentliche Mißbilligung ausgesprochen, ohne daß noch eine anderweitige Voll-

---

1) Schumacher S. 4
2) Probleme der Strafrechtserneuerung S. 56
3) vgl. §§ 14 ff StGB und besonders deutlich § 17, I JGG:
   Die Jugendstrafe ist Freiheitsentzug in einer Jugendstrafanstalt.
4) ausdrücklich: § 17, I JGG

streckung erfolgt, so wurde dem Verurteilten entweder keine Freiheitsstrafe auferlegt oder eine auferlegte Freiheitsstrafe bislang nicht vollstreckt.
Nicht gefolgt werden kann daher dem von Schumacher [1] aus dieser Erkenntnis abgeleiteten Ergebnis, dem zufolge der unter einer Strafaussetzung zur Bewährung Verurteilte primär mit einer öffentlichen Mißbilligung und nur "ersatzweise" mit einer Freiheitsstrafe belegt worden sei. Zwar kann eine solche Ablehnung nicht mit dem von Grethlein [2] hiergegen erhobenen Einwand, es sei undenkbar, daß eine Bestrafung in einem solchen Fall gem. § 453 StPO im Beschlußwege erfolge, begründet werden, da hierbei die Bestimmung des § 459 StPO unberücksichtigt bliebe [3].
Die Ablehnung ergibt sich aber aus der Art und Weise, in der die Regelung der Strafaussetzung zur Bewährung im Gegensatz zu der Bestimmung des § 27b StGB sowohl im geltenden Recht als auch im Entwurf 1962 Gestalt gewonnen hat. Während § 27b StGB bestimmt, daß unter gewissen Voraussetzungen "an Stelle der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe zu erkennen" ist, besagt § 23, I StGB [4], "das Gericht kann die Vollstreckung einer Gefängnis- oder Einschließungsstrafe von nicht mehr als neun Monaten oder einer Haftstrafe aussetzen." Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung des § 23, I StGB ist bei der Strafaussetzung zur Bewährung somit nicht nur ersatzweise, sondern primär auf eine Freiheitsstrafe erkannt. Die von Schumacher vertretene gegenteilige Ansicht ließe sich zwar denken, entspricht aber nicht der o.a. im geltenden Recht getroffenen Regelung.
Es bleibt somit entsprechend den Ausführungen auf S. 69 f nur die Möglichkeit offen, daß es sich bei den gem. §§ 23 StGB, 20 JGG unter Strafaussetzung zur Bewährung auferlegten Strafen um zunächst nicht zu vollstreckende Freiheitsstrafen handelt. Mit dieser Erkenntnis ist aber die von Lange vertretene Auffassung insofern widerlegt, als er annimmt, die ausgesprochene Freiheitsstrafe werde im Falle der Strafaussetzung zur Bewährung durch öffentliche Mißbilligung von Tat und Täter vollstreckt.

---

1) vgl. S. 25 und 27 in: Die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung
2) DRiZ 1954/212 (213)
3) Schumacher S. 26
4) ähnlich auch § 20 JGG und § 71, I Entw. 1962

b') Die Strafaussetzung zur Bewährung als "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit"

In den §§ 11 ff [1] seines 1932 erschienenen Buches "Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen" nimmt Peters an Hand einer bereits damals vorhandenen umfangreichen Literatur zur "Strafaussetzung auf Wohlverhalten" Stellung und kennzeichnete dieses Institut nach ausführlichen Untersuchungen als ein "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit" [2] [3] An den Ausgangspunkt dieser Untersuchungen stellt er die Frage nach dem Wesen der "Aussetzung auf Wohlverhalten." Zu ihrer Beantwortung führt er aus, daß als Wesen einer Erscheinung nur derjenige Gehalt bezeichnet werden könne, der stets gegeben sei, wie auch immer die Erscheinung Gestalt gewonnen habe. Auszuklammern für die Bestimmung des Wesens einer Einrichtung seien daher alle Merkmale, die nur dem Zweck der verschiedenartigen Ausgestaltung der im Wesen gleichen Erscheinungen dienten. Als solche dem Wesen nach gleiche Erscheinungen kennzeichnet Peters unter Hinweis auf die gemeinsame Wurzel u.a. das belgisch-französische System des "sursis", das anglo-amerikanische probation-System und das System der "bedingten Verurteilung". Die zwischen diesen Systemen auftretenden Besonderheiten hinsichtlich des Zeitpunktes der Maßnahme im Gang des Strafverfahrens, der Wirkung der Maßnahme auf den Gang des Strafverfahrens und hinsichtlich des Inhalts der Maßnahme [4] bilden nach seiner Ansicht daher folgerichtig nur aussonderungsbedürftige Ausgestaltungsmerkmale im Hinblick auf die Bestimmung des Wesens der Aussetzung auf Wohlverhalten.

Demgegenüber bedeutsam für eine solche Bestimmung erklärt Peters die allen drei Systemen gemeinsame Verpflichtung zur guten Führung, sowie die Geeignetheit, eine nicht vollständige Durchführung des Strafverfahrens zu bewirken [5]. Der vom jeweiligen System her geprägte Begriff der "guten Führung" und der

---

1) vgl. S. 127 ff
2) vgl. S. 168
3) An dieser Ansicht hält Peters auch nach Einführung bzw. Wiedereinführung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung in das Erwachsenen- und Jugendstrafrecht durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 und das Jugendgerichtsgesetz vom gleichen Tage fest (vgl. Anm. zum Urteil des BGH vom 14. Juni 1956 in JZ 1957/64; Grundprobleme der Kriminalpädagogik (1960) S. 63 Anm. 163)
4) vgl. Ausführungen auf S. 26 ff
5) vgl. S. 151

ebenfalls systembedingte Umfang der Einwirkung auf einen mal größeren und mal geringeren Teil des regelmäßigen Strafverfahrens bleiben, dem Ausgangspunkt der Theorie entsprechend, hierbei unbeachtet. Für unbeachtlich wird ferner auch die Tatsache erklärt, daß es nicht immer zur Unterlassung eines Aktes des regelmäßigen Strafverfahrens komme, da nur die Geeignetheit der Maßnahme als Gemeinsamkeit herausgestellt worden sei, diese hiervon aber nicht berührt werde. Obwohl eine Verpflichtung des Betroffenen zu guter Führung im Regelfall für eine festbestimmte Zeit ausgesprochen zu werden pflegt, stellt eine solche Probezeit nach Ansicht von Peters dennoch kein Wesens-, sondern nur ein Ausgestaltungsmerkmal dar. Zur Begründung hierfür führt er an, daß z.B. der bis zum Jahre 1911 für das summarische Verfahren in England geltende "Summary Jurisdiction Act" die gute Führung an keine Frist gebunden habe. Auch bei der Urteilssetzung auf Grund des Common Law sei keine Frist festgesetzt [1]. Da das Institut der Verjährung in England aber unbekannt sei, sei somit ein dauernder Schwebezustand gegeben.
Zwei Merkmale sind es also, die nach der vorstehend geschilderten Theorie das Wesen der "Strafaussetzung auf Wohlverhalten" und der ihr gleichartigen Erscheinungsformen kennzeichnen. Dieses sind die Aussicht auf nicht vollständige Durchführung des Strafverfahrens und das Erfordernis der guten Führung.

Von dieser Wesensumschreibung ausgehend, untersucht Peters dann folgerichtig zunächst die Beziehungen dieser Einrichtung zu anderen Rechtsinstituten, um hierdurch eine eventuelle Einordnungsmöglichkeit unter bekannte Rechtsbegriffe zu ermitteln [2]. Diese Untersuchungen führen ihn zu dem Ergebnis, daß es sich bei der "Aussetzung auf Wohlverhalten" weder um eine eigenständige Strafe, noch um einen Akt der Strafzumessung oder eine Maßnahme der Sicherung bzw. Besserung handele. Auch die Kennzeichnung dieser Einrichtung als Gnadenakt oder Akt des Lohnes lehnt er ab [3] und kommt damit zu dem Schluß, daß eine Einordnung unter bekannte Rechtsbegriffe nicht möglich sei. Die Aussetzung auf Wohlverhalten stelle vielmehr eine Umwandlung von bereits Vorhan-

---

1) vgl. S. 152 unter Hinweis auf Ignatius in ZStW 21/732 ff
2) vgl. S. 153 ff
3) Hinsichtlich der Begründung kann auf die Ausführungen auf S. 42 ff verwiesen werden, bei denen die von Peters angeführten Argumente bereits berücksichtigt wurden.

denem dar. Diese Umwandlung bestehe in einer Abschwächung der staatlichen Reaktion, indem bei guter Führung eine nicht vollständige Durchführung des Strafverfahrens in Aussicht gestellt werde.
Aus dem Verhältnis dieser so umschriebenen staatlichen Reaktion auf das Unrecht gegenüber dem gewöhnlichen Verbrechensbekämpfungsverfahrens und den ordentlichen Verbrechensbekämpfungsmitteln leitet Peters dann die Rechtsnatur der "Aussetzung auf Wohlverhalten" ab. Durch diese Einrichtung werden nach seiner Ansicht der Verfahrensgang und die Reaktionsmittel aus ihrer Starrheit befreit und damit den Besonderheiten der gegebenen Verhältnisse anpassungsfähiger ausgestaltet. Die staatliche Verbrechensbekämpfung werde elastischer und ermögliche daher eine erhöhte Berücksichtigung der Täterverhältnisse. Zutreffend könne daher diese Einrichtung als ein "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit" angesehen werden. Als solches stehe die "Aussetzung auf Wohlverhalten" mit der vorläufigen Entlassung [1] und der ihr verwandten Erscheinungen "condictional release", "commutatio of sentence" und "indeterminate sentence" auf der gleichen Stufe.

c') Eigene Stellungnahme.

Nach Ablehnung der Umwandlungs- und Mißbilligungstheorie verbleibt für die Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung abschließend nur noch die Pflicht zur klärenden Gegenüberstellung der in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Hemmungstheorie und der von Peters in der o.a. Art begründeten Ansicht, es handele sich bei dieser Einrichtung um ein "Mittel der Reaktionsbeweglichkeit".
Bei dieser Gegenüberstellung ist es erforderlich, mit dem Vergleich schon bei den Ausgangspunkten beider Ansichten einzusetzen, da sich bereits hieraus der Grund für die im Ergebnis unterschiedlichen Auffassungen ergeben könnte. Während die Vertreter der Hemmungstheorie, wie oben dargestellt [2], ihre Ansicht stets unter Hinweis entweder auf die im § 23 StGB oder die im § 20 JGG getroffenen gesetzlichen Regelungen begründen, stellt Peters an den Beginn seiner Überlegung die Frage nach dem Wesen der "Aussetzung auf Wohlverhalten". Diese von ihm aufgeworfene Frage beantwortet er dahin, daß als Wesen

1) vgl. § 23 StGB a.F. = § 26 StGB n.F.
2) vgl. S. 66 ff

einer Erscheinung nur derjenige Gehalt bezeichnet werden könne, der stets gegeben sei, wie auch immer die Erscheinung Gestalt gewonnen habe. Als solche dem Wesen nach gleiche Erscheinungen und damit im gleichen Umfange für die Bestimmung der Rechtsnatur der "Aussetzung auf Wohlverhalten" von Bedeutung kennzeichnet er das belgisch-französische System des sursis, das anglo-amerikanische probation-System und das System der "bedingten Verurteilung". [1)]

Während die Hemmungstheorie ihrem Ausgangspunkt nach unter dem Begriff der "Strafaussetzung zur Bewährung" also nur die in den §§ 23 StGB, 20 JGG geregelten Möglichkeiten verstanden wissen will, umfaßt Peters mit der gleichen Bezeichnung neben diesen Regelungen auch die im § 27 JGG geschaffene "Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe." Dieses ist zwar von ihm an keiner Stelle direkt ausgesprochen worden, ergibt sich aber aus der gewählten Art der Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung [2)]. Hierbei fand, wie oben dargestellt, auch das anglo-amerikanische probation-System Berücksichtigung und die durch § 27 JGG ermöglichte Trennung zwischen Schuldfeststellung und Strafausspruch bedeutet nur die Übernahme des probation-Gedankens in das deutsche Jugendstrafrecht.

Unzutreffend ist es daher, allein auf Grund der verschiedenartigen Definitionen der Strafaussetzung zur Bewährung die von Peters vertretene Ansicht als eine der Hemmungstheorie entgegengesetzte Meinung darzustellen [3)], ohne vorher zu untersuchen, ob sich diese Auffassungen auch dann widersprächen, wenn Peters bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung ebenso wie die Hemmungstheorie nur die §§ 23 StGB, 20 JGG berücksichtigen würde. Nur wenn dieses der Fall wäre, basierten die unterschiedlichen Definitionen auf einer Gegensätzlichkeit in den Grundauffassungen und nicht nur auf einer Verschiedenartigkeit der Ausgangspunkte.

---

1) vgl. S. 71

2) vgl. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.6.1956 in JZ 1957/64, in der Peters die in seinem Buch: "Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen" in den §§ 11 ff gewählte Definition "Aussetzung auf Wohlverhalten" ohne Wesensänderung durch den Begriff "Strafaussetzung zur Bewährung" ersetzt.

3) so Hum S. 45 und Schumacher S. 6

Es ist somit erforderlich, aus der von Peters vertretenen Ansicht alles auszuscheiden, das allein durch Berücksichtigung der typischen Merkmale des probation-Systems in der Definition der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung seinen Niederschlag fand. Als ein solches Merkmal ist der Zeitpunkt anzusehen, an dem durch die Strafaussetzung zur Bewährung das laufende Strafverfahren unterbrochen werden kann. Während unter Berücksichtigung der §§ 23 StGB, 20 JGG eine solche Unterbrechung nur zwischen Verurteilung und Vollstreckung möglich ist, erlaubt das probation-System auch eine Unterbrechung zwischen Schuldfeststellung und Strafausspruch. Peters [1] mußte daher entsprechend seinem Ausgangspunkt die Strafaussetzung zur Bewährung als eine Maßnahme definieren, die es ermöglicht, die Durchführung eines Strafverfahrens zwischen seinem Beginn und der Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe mit dem Vorbehalt künftiger, vom Verhalten des Betroffenen abhängiger Weiterführung zu unterbrechen.

Beschränkt man aus den o.a. Gründen diese Definition aber auf die §§ 23 StGB, 20 JGG, womit die Möglichkeit der Unterbrechung zwischen Schuldfeststellung und Strafausspruch entfiele, so wäre die Strafaussetzung zur Bewährung als eine Maßnahme anzusprechen, die es gestattet, die Durchführung eines Strafverfahrens zwischen Verurteilung und Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe zu unterbrechen, wobei das Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend für die Vollstreckung oder den Vollstreckungsnachlaß sei.

Bei einem Vergleich dieser auf die §§ 23 StGB, 20 JGG beschränkten Definition der Strafaussetzung zur Bewährung mit derjenigen der Hemmungstheorie [2], zeigen sich zwischen beiden Auffassungen aber keine wesentlichen Unterschiede mehr.

Die von Peters vertretene Ansicht steht zu der Hemmungstheorie also nicht im Gegensatz, sondern nur in einem Rangverhältnis. Die Art dieses Rangverhältnisses ergibt sich daraus, daß Peters in seinen Ausführungen zur Ermittlung der Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung neben den von der Hemmungstheorie berücksichtigten Bestimmungen der §§ 23 StGB, 20 JGG zutreffend auch noch den § 27 JGG, als auf dem gleichen Gedanken beruhend, erfaßt.

---

1) Grundprobleme der Kriminalpädagogik S. 63
2) vgl. S. 66

In der Strafaussetzung zur Bewährung ist daher unter Berücksichtigung seiner gesamten Wirkungsbreite aus den von Peters [1] angeführten Gründen eine neue Art der staatlichen Reaktion auf das Unrecht zu sehen. Diese neue Art der staatlichen Reaktion auf das Unrecht beschränkt sich dabei de lege lata auf Änderungen im normalen Ablauf eines Strafverfahrens, indem sie beim Vorliegen der in den §§ 23 StGB, 20 JGG normierten Voraussetzungen eine Unterbrechung zwischen Verurteilung und Vollstreckung der ausgesprochenen Freiheitsstrafe [2] und in dem im § 27 JGG geregelten Ausnahmefall eine Trennung von Schuldfeststellung und Strafausspruch ermöglicht.

II. Die Bestimmung der Rechtsnatur der Bewährungsleistungen gem. der dogmatischen Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem

Wie die dogmatische Einordnung der Strafaussetzung zur Bewährung in das deutsche Strafrechtssystem zeigte, räumt die durch die Strafaussetzung zur Bewährung geschaffene Möglichkeit der Unterbrechung des normalen Ablaufes eines Strafverfahrens bei kurzfristigen Freiheitsstrafen dem Bestreben nach Resozialisierung des Verurteilten einen gewissen Vorrang vor den anderen Strafzwecken ein.

1. Betrachtet man aber das Erwachsenenstrafrecht näher, so zeigt sich, daß diesem Vorrang durch die Bestimmung des § 23, III Ziff. 1 StGB [3] eine deutlich erkennbare Grenze gesetzt ist. Diese Grenze soll verhindern, daß die Strafaussetzung zur Bewährung auch in solchen Fällen angeordnet wird, in denen ein Vorrang des Erziehungs- und Besserungsbestrebens vor dem öffentlichen Interesse an der der Strafvollstreckung [4] nicht gerechtfertigt erscheint [5].

---

1) vgl. Ausführungen auf S. 71 ff
2) Die in der Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertretene Ansicht (vgl. S. 66 Anm. 1) berücksichtigt nur diese Möglichkeit, welche sie aus den auf S. 65 f dargestellten Gründen dann folgerichtig als Hemmung der Strafvollstreckung ansieht.
3) ähnlich § 72, I Entw. 1962
4) Hinsichtlich des Begriffes "öffentliches Interesse an der Strafvollstreckung" vgl. S. 30 f.
5) Bruns in GA 1956/214

Das öffentliche Interesse an der Vollstreckung der Strafe muß daher stets mit dem Resozialisierungsbestreben abgewogen werden. Diese Abwägung führt aber nicht immer zu eindeutigen Ergebnissen. Neben den eindeutigen Fällen, in denen entweder ein Vorrang des Besserungs- und Erziehungsbestrebens vor dem öffentlichen Interesse an der Strafvollstreckung nicht gerechtfertigt erscheint oder in denen auch das öffentliche Interesse einem nicht vollständig durchgeführten Strafverfahren nicht widerspricht,[1] steht nämlich eine dritte Fallgruppe. Bei dieser Fallgruppe, die in der Praxis wohl den größten Anteil stellen dürfte, reicht zur gerechten Bestrafung der Tat aber weder ein nicht vollständig durchgeführtes Strafverfahren für sich allein aus, noch erfordert es die Gerechtigkeit, daß die Tat durch Verbüßung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe gesühnt wird. Die Zuordnung zu dieser Gruppe kann somit aus unterschiedlichen Gründen erfolgen. So gehören hierher einmal alle Fälle, in denen die Genugtuung des Verletzten oder der allgemeine Vergeltungsgedanke zwar nicht gem. § 23, III Ziff. 1 StGB eine Vollstreckung verlangen, aber dennoch einer besonderen Berücksichtigung bedürfen, um von einer gerechten, d.h. einer alle Strafzwecke erfüllenden Strafe sprechen zu können. Zum anderen fallen in diese Gruppe auch diejenigen Fälle, in denen die mit der Strafaussetzung zur Bewährung erstrebte Erziehung und Besserung des Verurteilten nicht allein dem Betroffenen überlassen werden kann, sondern dieser noch einer gewissen Hilfe und Unterstützung zur Erreichung dieses Zieles bedarf. Um die Strafaussetzung zur Bewährung aber auch bei den zu dieser dritten Gruppe gehörenden Fällen zu ermöglichen, dienen die Bewährungsauflagen. Ihnen kommt daher einmal die Aufgabe zu, der Genugtuung des Verletzten oder dem allgemeinen Vergeltungsgedanken die erforderliche Berücksichtigung verschaffen. Zum anderen dienen sie dazu, die Erziehung und Besserung des Verurteilen zu verstärken, falls diese Ziele allein durch die Verhängung der Strafe und die anschließende bedingte Aussetzung der Vollstreckung nicht im erforderlichen Maße erreicht werden kann.

Zur ersten Gruppe der Bewährungsauflagen, die von Peters[2] zutreffend als "Erschwerungs- und Wiedergutmachungsanordnungen" bezeichnet werden, ge-

---

1) Hierher gehören die Fälle, von denen § 24, II, 1 StGB und noch deutlicher § 74, III Entw. 1962 sprechen.

2) Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters S. 184; ebenso in JZ 1957/64

hören z.B. die Auflagen, den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutzumachen [1] oder einen Geldbetrag an eine gemeinnützige Einrichtung zu zahlen [2]. Im Gegensatz hierzu stehen die sogenannten "Erziehungs- und Besserungsanordnungen" [3]. In diese Gruppe gehört z.B. die Auflage, Weisungen zu befolgen, die sich auf Aufenthaltsort, Ausbildung, Arbeit oder Freizeit beziehen [4] oder auch die Auflage, seinen Unterhaltspflichten nachzukommen [5].

Die Richtigkeit der in der vorstehenden Art für das geltende Erwachsenenstrafrecht getroffenen Unterteilung bestätigt auch der Entwurf 1962 durch seine Unterscheidung zwischen "Auflagen" [6] und "Weisungen" [7]. Auflagen dienen hiernach der Genugtuung für begangenes Unrecht, während Weisungen erteilt werden, falls der Verurteilte während der Bewährungszeit zu seiner Erziehung und Besserung einer Hilfe bedarf.

2. Die Rechtsnatur der Bewährungsauflagen, wie sie vorstehend für das geltende und künftige Erwachsenenstrafrecht ermittelt wurde, kann aber nicht ohne weiteres auch für das Jugendstrafrecht übernommen werden. Zwischen dem Erwachsenen- und dem Jugendstrafrecht ergibt sich insofern ein bedeutsamer Unterschied, als es im Jugendstrafrecht an einer den §§ 23, III Ziff. 1 StGB, 72, I Entw. 1962 ähnlichen Regelung fehlt. Im Jugendstrafrecht wird das Resozialisierungsbestreben somit nicht durch die Abwägung mit dem "öffentlichen Interesse an der Vollstreckung der Strafe" beschränkt. Der dadurch zum Ausdruck kommende eindeutige Vorrang des Erziehungs- und Besserungsgedankens im Jugendstrafrecht findet seine weitere Stütze auch im Wortlaut des § 23 JGG. In dieser Bestimmung heißt es nicht dem § 24, I StGB entsprechend, der Richter solle dem Jugendlichen für die Dauer der Bewährungszeit Auflagen erteilen, sondern er solle für die Dauer der Bewährungszeit die Lebensführung des Jugendlichen durch Auflagen beeinflussen, denen eine umfassende erzieherische Wirkung zukomme. Eine dem Erwachsenenstrafrecht ähnliche Unterteilung in

---

1) § 24, I Ziff. 1 StGB
2) § 24, I Ziff. 5 StGB
3) Peters a.a.O. S. 189
4) § 24, I Ziff. 2 StGB
5) § 24, I Ziff. 4 StGB
6) § 74, Entw. 1962
7) § 75 Entw. 1962

Maßnahmen der Vergeltung und Genugtuung auf der einen und in Maßnahmen der Erziehung und Besserung auf der anderen Seite läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf die §§ 23, 10, 15 JGG begründen. Zwar dienen die gem. § 10 JGG möglichen "Weisungen" der Erziehung und die im § 15 JGG geregelten "besonderen Pflichten" der Vergeltung und Sühne, dieses besagt aber nichts über ihren Charakter, wenn sie gem. § 23 JGG als Bewährungsmaßnahmen auferlegt werden. Ihr Charakter in diesem Fall ergibt sich allein aus den bereits o.a. gesetzlichen Abweichungen vom Erwachsenenstrafrecht [1]. Die Bewährungsauflagen dienen im Jugendstrafrecht daher ausschließlich der Erziehung und Besserung.

Zwar könnte noch eingewandt werden, bei dieser Bestimmung der Rechtsnatur diene z.B. die Auflage der Schadenswiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht der Vergeltung und Genugtuung, während sie im Jugendstrafrecht als Erziehungs- und Besserungsmaßnahme angesehen werde. Aber auch dieser Einwand vermag nicht die obigen Ausführungen zur Rechtsnatur der Bewährungsauflagen im Jugendstrafrecht zu widerlegen. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, daß eine Maßnahme gleichzeitig bessernde und vergeltende Funktionen ausübt. Wird eine solche Maßnahme auferlegt, so kommt es für ihren Charakter aber stets darauf an, welcher Grund für ihre Anwendung ausschlaggebend war. Diesem "leitenden Gesichtspunkt" hat sich der andere zu fügen [2].

Die obige Bestimmung der Rechtsnatur der gem. § 23 JGG möglichen Bewährungsauflagen gilt auch für die gem. §§ 29, 2/23 JGG auferlegten Bewährungsleistungen. Auch hier sollen sie - wie die Verweisung auf § 23, 1 JGG zeigt - der Erziehung und Besserung des Jugendlichen dienen.

Der einzige, für ihre Rechtsnatur aber unbeachtliche Unterschied besteht darin, daß die gem. §§ 29, 23 JGG auferlegten Erziehungs- und Besserungsmaßnahmen so ausgewählt werden müssen, daß während oder nach Ablauf der Bewährungszeit die gem. § 30 JGG erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

---

1) Hellmer: Die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht S. 65 ff
2) Hellmer a.a.O. S. 66

Ergebnis

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen läßt sich somit sagen:
Bei den Bewährungsleistungen handelt es sich um Reaktionsmittel, die einem Straffälliggewordenen dann auferlegt werden, wenn die Verhängung einer Freiheitsstrafe allein nicht allen Strafzwecken gerecht werden kann. Als Maßnahmen der Erziehung und Besserung oder der Vergeltung und Genugtuung übernehmen die Bewährungsleistungen damit Aufgaben, die gewöhnlich durch die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe erreicht werden. Die Bewährungsleistungen können infolge ihrer jeweils begrenzten Zielrichtung daher zwar nicht als Strafen angesprochen werden, sind diesen ihrem Charakter nach aber rechtsähnlich, da ihr Zweck darin besteht, einzelne grundsätzlich durch die Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe erstrebte Ziele, wie z.B. die Erziehung und Besserung des Verurteilten oder die Genugtuung des durch die Tat Geschädigten auch ohne die Vollstreckung zu erreichen. [1)]

Diese Tatsache im Zusammenhang mit dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung über die Rückerstattung von Bewährungsleistungen nach Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren [2)] lassen es zu, das Entschädigungsgesetz auf Bewährungsleistungen analog anzuwenden.
Dieses Ergebnis entspricht auch der Gerechtigkeit. Ist es Aufgabe der Bewährungsleistungen, zur Erreichung des Strafzwecks teilweise an die Stelle der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu treten, so ist es gerecht, die durch sie hervorgerufenen Wirkungen nach Aufhebung des verurteilenden Erkenntnisses im Wiederaufnahmeverfahren zumindest ähnlich zu behandeln, wie es bei den durch die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe hervorgerufenen Wirkungen durch das "Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen" geschieht.

In analoger Anwendung des § 1, I EntschG steht dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen auf Grund der Erfüllung der ihm im aufgehobenen Urteil auferlegten Bewährungsleistungen daher ein Entschädigungsanspruch gegen die Staatskasse zu, wenn im Wiederaufnahmeverfahren seine Unschuld bezüglich der ihm zur Last gelegten Tat nachgewiesen oder zumindest dargetan werden

---

1) vgl. S. 76 ff
2) vgl. S. 15 ff

konnte, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt. [1] Den Umfang der Entschädigungspflicht bestimmt eine analoge Anwendung des § 2 EntschG. Erfüllte Bewährungsleistungen werden danach nur dann entschädigt, wenn sie zu einem Vermögensschaden geführt hatten. Entschädigungspflichtig ist für diesen Schaden die Kasse desjenigen Landes, bei dessen Gericht das Strafverfahren in der ersten Instanz anhängig war. [2]

2. Kapitel

Bereicherungsansprüche des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gegen den Empfänger einer Bewährungsleistung

§ 1

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verurteilten und dem Empfänger einer Bewährungsleistung

Ebenso wie eine gezahlte Geldstrafe aus der Natur der Sache [3] von einem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gem. § 812 BGB vom Staat zurückverlangt werden kann [4], könnte ein Bereicherungsanspruch auch demjenigen zustehen, der vor Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren eine Bewährungsauflage erfüllt hat. Ein solcher Anspruch würde sich dann allerdings nicht gegen den Staat, sondern gegen den Empfänger der Bewährungsleistung richten.

Eine einheitliche Untersuchung eines solchen Anspruches erscheint jedoch nicht möglich, da es auf Grund der Erfüllung von Bewährungsauflagen zu unterschiedlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Verurteilten und dem Empfänger einer Bewährungsleistung kommen kann. Einige Beispiele mögen dieses verdeutlichen.

---

1) Ausnahme: § 1, IV und V EntschG analog
2) § 3, I EntschG analog (Ausnahme: § 6, I EntschG analog)
3) Woermann § 2 Anm. 2 EntschG und § 413 Anm. 9 StPO
4) Burlage § 1 Anm. 10 EntschG

a) Vom Schöffengericht X wurde A wegen fortgesetzter Unterschlagung zu einer Gefängnisstrafe von 9 Monaten verurteilt. Die Strafe wurde auf drei Jahre zur Bewährung ausgesetzt und dem A zur Auflage gemacht, 1/4 seines Gehalts während der Bewährungszeit an den Geschädigten zur teilweisen Wiedergutmachung des Schadens abzuführen.

b) Vom Einzelrichter des Amtsgerichts X wurde B wegen Unterhaltsentziehung gegenüber dem unehelichen Kinde K zu einer Gefängnisstrafe von 4 Wochen verurteilt. Die Strafe wurde auf zwei Jahre zur Bewährung ausgesetzt und dem B zur Auflage gemacht, in der Bewährungszeit seinen Unterhaltsverpflichtungen regelmäßig nachzukommen.

c) Wegen einer Rauschtat wurde C rechtskräftig zu einer Gefängnisstrafe von 6 Wochen verurteilt. Die Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt und dem C zur Auflage gemacht, einen Geldbetrag von 200, -- DM an den "Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren" in X zu zahlen.

d) Die 19-jährige Angeklagte D wurde vom Jugendschöffengericht X wegen versuchter Selbstabtreibung zu einer Jugendstrafe von 6 Monaten verurteilt. Die Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt und der D zur Auflage gemacht, ein Jahr lang allsonntäglich Rosen zu kaufen und diese zu Frauen in ein Altersheim in X zu bringen, die einen Sohn im Kriege verloren hatten [1].

e) Der 18-jährige E wurde wegen eines im angetrunkenen Zustand begangenen Delikts zu einer Jugendstrafe von 6 Monaten verurteilt. Die Strafe wurde auf zwei Jahre zur Bewährung ausgesetzt und dem E zur Auflage gemacht, ein Jahr lang keine alkoholischen Getränke zu geniessen.

f) Der mehrfach einschlägig in Erscheinung getretene F wurde wegen eines im Vollrausch begangenen Delikts zu einer Gefängnisstrafe von vier Monaten verurteilt. Die Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt und dem F auferlegt, sich einer Entziehungskur zu unterwerfen.

Wie diese Beispiele zeigen, lassen sich die durch die Erfüllung von Bewährungsauflagen begründeten Beziehungen zwischen dem Verurteilten und dem Empfänger der Bewährungsauflage in drei Gruppen unterteilen.

---

1) Dieser Fall wird von Küster in JZ 1954/1 (4) als Beispiel angeführt.

So bewirken die in den Fällen a und b erteilten Bewährungsauflagen die Erfüllung eines gegen den jeweiligen Angeklagten gerichteten Anspruches [1], während bei den Fällen c und d vor Erlaß der zur Bewährung ausgesetzten Strafurteile keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen den Verurteilten und den durch die Auflagenbeschlüsse Begünstigten vorhanden waren, sondern erstmalig durch die Erfüllung der Bewährungsauflagen entstanden. Die Fälle e und f unterscheiden sich von den übrigen Beispielen wiederum dadurch, daß es bei ihnen an einem Empfänger der Bewährungsleistungen ganz fehlt, womit diese letzte Fallgruppe für die weitere Untersuchung ausscheidet.

Unter diese aus den o.a. sechs Beispielen erkennbare Dreiteilung lassen sich auch - wie die folgende Tabelle zeigt - ohne Mühe alle mit einer im Gesetz vorgesehenen Auflage verbundenen, zur Bewährung ausgesetzten Strafurteile einordnen.

---

1) Die zu dieser Gruppe zählenden Bewährungsauflagen bezeichnet Stree (vgl. Deliktsfolgen und Grundgesetz S. 139) als "unselbständige Auflagen", da sie dem Verurteilten lediglich ein Verhalten vorschreiben, zu dem er ohnehin gesetzlich verpflichtet ist.

Tabelle [1]

I. § 24, I StGB

Ziff. 1 = a
Ziff. 2 = c
Ziff. 3 = c
Ziff. 4 = a
Ziff. 5 = b
Ziff. 6 = c

II. § 23 JGG bzw. §§ 29/23 JGG

1. i. Verb. m. § 10, I JGG

Ziff. 1 = c
Ziff. 2 = c
Ziff. 3 = c
Ziff. 4 = c
Ziff. 5 = c
Ziff. 6 = c
Ziff. 7 = c

2. i. Verb. m. § 15, I JGG

Ziff. 1 = a
Ziff. 2 = c
Ziff. 3 = b

III. Entwurf 1962

1. § 74, II

Ziff. 1 = a
Ziff. 2 = c
Ziff. 3 = b
Ziff. 4 = b

2. § 75, II

Ziff. 1 = c
Ziff. 2 = c
Ziff. 3 = c
Ziff. 4 = c
Ziff. 5 = a

1) Es bedeutet:
a = Zugehörigkeit des mit dieser Auflage versehenen Strafurteils zu der ersten Fallgruppe (= Beispiele a und b)
b = Zugehörigkeit des mit dieser Auflage versehenen Strafurteils zu der zweiten Fallgruppe (= Beispiele c und d)
c = Zugehörigkeit des mit dieser Auflage versehenen Strafurteils zu der dritten Fallgruppe (= Beispiele e und f)

§ 2

Die Wirkung des Freispruchs im Wiederaufnahmeverfahren auf die zwischen dem Freigesprochenen und dem Empfänger einer Bewährungsleistung bestehenden Rechtsbeziehungen

A. Die Bewährungsleistung führte zur Erfüllung eines bestehenden oder vermeintlichen zivilrechtlichen Anspruches

Zu der zunächst zu untersuchenden Fallgruppe gehören gem. der auf S. 82 f ermittelten Dreiteilung alle zur Bewährung ausgesetzten Strafurteile, in denen die Bewährungsauflagen Bezug auf einen gegen den Angeklagten bestehenden oder zumindest vermeintlichen Anspruch nehmen. Hierbei kann es sich entweder um einen Anspruch handeln, der bereits in einem Zivilurteil anerkannt oder um einen solchen, über den in einem Zivilverfahren noch nicht entschieden wurde.

I. Die Bewährungsleistung führte zur Erfüllung eines bestehenden zivilrechtlichen Anspruchs

Die der vorliegenden Fragestellung zugrundeliegende Situation vermag der auf S. 82 als Beispiel b gewählte Sachverhalt zu verdeutlichen. Er bedarf hierfür allerdings noch insoweit einer Ergänzung, als unterstellt werden muß, daß B wirklich der Erzeuger des unehelichen Kindes K ist. Ferner muß die Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren aus einem Grund erfolgt sein, der den zivilrechtlichen Anspruch des Kindes K gegen seinen Erzeuger B unberührt ließ. Einen solchen Grund kann z. B. das Fehlen der subjektiven Tatseite des § 170 b StGB darstellen. Diese Sachverhaltsgestaltung könnte etwa dadurch entstehen, daß sich erst nach der Verurteilung herausstellt, daß B sich nicht vorsätzlich seiner Unterhaltspflicht entzogen hat.
Bei dieser Sachverhaltsgestaltung entsteht dann die Frage:
Welche Ansprüche stehen dem von der Anklage der Unterhaltsentziehung im Wiederaufnahmeverfahren mangels Vorsatzes freigesprochenen B gegen das von ihm erzeugte uneheliche Kind K aus der Erfüllung seiner Unterhaltsverpflichtung zu, soweit er dieser infolge einer Bewährungsauflage nachkam?

Denkbar wäre grundsätzlich nur ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereiche-

rung (§ 812, I BGB). Ein solcher Anspruch scheitert aber an dem Vorhandensein eines Rechtsgrundes, den die Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes K gegen seinen Erzeuger darstellt (§ 1708 BGB).

In diesem Zusammenhang ist es daher ohne Bedeutung, ob die Unterhaltsforderung bereits Gegenstand eines Zivilverfahrens war oder ob ein solches nicht durchgeführt wurde.
Verallgemeinernd läßt sich somit sagen:
Dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen steht gegen den Empfänger einer Auflage in keinem Fall ein Rückforderungsrecht zu, wenn die Bewirkung der Auflage zur Erfüllung einer bestehenden Forderung führte.

Wie die §§ 813, I, 2; 222, II BGB zeigen, ist dieses Ergebnis auch dann richtig, wenn die Bewährungsauflage die Erfüllung eines zwar bestehenden, aber verjährten zivilrechtlichen Anspruches bewirkte.

II. Die Bewährungsleistung führte zur Erfüllung eines vermeintlichen zivilrechtlichen Anspruchs.

Zur Verdeutlichung der nunmehr zu untersuchenden Fallgestaltung soll ebenfalls das auf S. 82 angeführte Beispiel b den Ausgangspunkt bilden. Im Gegensatz zu der auf S. 85 vorgenommenen Ergänzung muß dieses Beispiel aber jetzt so ausgestaltet werden, daß B nicht der Erzeuger des unehelichen Kindes K ist, dieses bei der Verurteilung wegen Unterhaltsentziehung vom erkennenden Gericht aber als bewiesen angesehen wurde.
Nach Klärung der wahren Sachlage und hierauf beruhender Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren könnte dem B gegen K ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812, I BGB) zustehen. Von den Voraussetzungen dieses Anspruches bedarf auch hier nur der Mangel eines die Bereicherung des K rechtfertigenden Grundes einer näheren Prüfung.

Diese Prüfung bietet für den Fall, daß gegen B kein seine Unterhaltspflicht gegenüber K bejahendes Zivilurteil besteht, keine Schwierigkeiten. In diesem Fall besteht, zumindest nach Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren, kein Rechtsgrund für die von B geleisteten Unterhaltszahlungen an K. Die Zahlungen des B bewirkten somit für K eine ungerechtfertigte Bereicherung und

sind daher gem. §§ 812 ff BGB rückgängig zu machen [1].

Einer genaueren Prüfung bedarf der Mangel eines die Bereicherung des K rechtfertigenden Grundes aber für den Fall, daß B in einem Zivilverfahren - wenn auch zu Unrecht - zur Unterhaltszahlung an K verurteilt worden war. In diesem Fall könnte das Zivilurteil entweder einen den Bereicherungsanspruch des B ausschließenden Rechtsgrund darstellen oder in sonstiger Weise diesem Anspruch entgegenstehen. Das Zivilurteil würde einen den Bereicherungsanspruch ausschließenden Rechtsgrund dann darstellen, wenn ihm rechtsbegründende Wirkung zukäme. Mit Ausnahme der Gestaltungsurteile haben Zivilurteile aber keine rechtsbegründende, sondern nur deklaratorische Bedeutung [2]. Da ein Leistungsurteil somit keine Rechte zur Entstehung bringt, sondern nur eine Verpflichtung ausspricht, bildet das gegen B zu Unrecht ergangene Unterhaltsurteil keinen seinen Bereicherungsanspruch gegen K ausschließenden Rechtsgrund. Dennoch ist dem B aber, solange dieses Zivilurteil besteht, d.h. nicht im Wege eines Wiederaufnahmeverfahrens (§§ 578 ff ZPO) beseitigt wurde, die Möglichkeit einer erfolgreichen Bereicherungsklage genommen, Einer solchen Klage steht die Rechtskraft des Urteils entgegen. Diese verhindert - eingeschränkt durch § 826 BGB und § 767 ZPO - eine von der ersten Entscheidung abweichende Beurteilung des gleichen Anspruches [3]. Die Richtigkeit dieses Ausschlusses einer Bereicherungsklage bei Bestehen eines rechtskräftigen, den gleichen Streitgegenstand betreffenden Urteils zeigt sich deutlich darin, daß dem Verurteilten sonst stets die Möglichkeit gegeben wäre, das erste Urteil nach Erschöpfung des Rechtsweges im Wege einer Bereicherungsklage erneut gerichtlich nachprüfen zu lassen.

---

1) Diesem Ergebnis steht auch nicht die im § 25, III StGB enthaltene Regelung entgegen, da diese, wie ihre Stellung eindeutig erkennen läßt, eine Rückerstattung von Bewährungsleistungen nur für den Fall des Straferlasses (§ 25, I StGB) und des Widerrufs der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 25, II StGB) ausschließen soll (Jagusch in LK § 25 Anm. 3; Schönke-Schröder § 25 Anm. V; Schwarz-Dreher § 25 Anm. 6). Für Ansprüche nach Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren läßt sich aus ihr daher weder im negativen noch im positiven Sinne eine Regelung ableiten.

2) RGZ 46/65 (66); 126/246 (248); Seiler in Erman § 812 Anm. 5, C, a

3) BGH in NJW 1961/91 7; NJW 1962/1109, BGHZ 40/130 (132/133); Seiler a.a.O.

B. Vor der Auferlegung der Bewährungsauflagen bestanden keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Verurteilten und dem Empfänger der Auflage.

Zu der nunmehr zu untersuchenden Fallgruppe gehören gem. der auf S. 82 f ermittelten Dreiteilung alle zur Bewährung ausgesetzten Strafurteile, bei denen vor ihrem Erlaß keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen den Angeklagten und den durch die Auflagenbeschlüsse Begünstigten bestanden. Frühestens die Erfüllung der Bewährungsauflagen kann daher Rückforderungs- oder Entschädigungsansprüche der im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gegen die Empfänger der Leistungen begründen.

Wie bei der vorangegangenen Untersuchung soll auch die der vorliegenden Fragestellung zugrundeliegende Situation durch ein Beispiel verdeutlicht werden. Hierzu eignet sich besonders das auf S. 82 angeführte Beispiel c. Überträgt man die zu untersuchende Frage daher auf dieses Beispiel, so lautet sie: Welche Ansprüche stehen dem C infolge der Zahlung der 200, -- DM nach Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren gegen den "Verein der Bekämpfung von Suchtgefahren" zu?

Ein Anspruch des C könnte sich bei der zu untersuchenden Sachverhaltsgestaltung nur aus § 812, I BGB ergeben. Hierfür wäre erforderlich, daß der Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren die 200, -- DM auf Kosten des C entweder ohne rechtfertigenden Grund erlangt hätte oder daß ein solcher rechtfertigender Grund später weggefallen wäre.
Zu klären ist daher:
a) Lag ein Rechtsgrund für die Zahlung der 200, -- DM vor und bejahendenfalls
b) welche Wirkungen hatte die im Wiederaufnahmeverfahren erfolgte Freisprechung des C in bezug auf diesen Rechtsgrund?

Ein Rechtsgrund für die Zahlung der 200, -- DM könnte in einer Handschenkung des C an den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren zu sehen sein. Hierfür wäre gem. § 516, I BGB erforderlich, daß durch diese Zahlung objektiv das Vermögen des C vermindert und das Vermögen des Vereins zur Bekämpfung von Suchtgefahren vermehrt wurde. Außerdem müßte zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger eine Einigung über die Leistung selbst und deren Unentgeltlichkeit zustandegekommen sein. An dem Vorliegen dieser zu-

letzt genannten Voraussetzung bestehen aber insofern Zweifel, als es sich bei der Zahlung der 200,-- DM um die Erfüllung einer dem C gemachten Bewährungsauflage handelt, d.h. seine Leistung an den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren nicht freiwillig erfolgte [1]. Zwar bedeutet Unentgeltlichkeit grundsätzlich etwas anderes als Freiwilligkeit [2]; dennoch wird in der Literatur [3] betont, eine nicht freiwillige Leistung könne niemals eine Handschenkung darstellen. Nur bei Larenz [4] findet sich zu dieser Behauptung auch eine Begründung. Er geht hierbei in Übereinstimmung mit der allgemein vertretenen Ansicht [5] davon aus, daß die vom Gesetzgeber im § 516, I BGB geforderte Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zwar als ein Vertrag i.S. der §§ 104 ff, 145 ff BGB anzusehen sei, daß es sich hierbei aber - im Gegensatz zu dem im § 518 BGB geregelten einseitig verpflichtenden Schuldvertrag - nicht um ein verpflichtendes Rechtsgeschäft handele. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit stelle im Fall der Handschenkung vielmehr nur eine "Abrede über den Rechtsgrund" [6] dar, mit anderen Worten, der Schenker füge mit Einverständnis des Beschenkten ohne eine dahingehende Verpflichtung seiner Leistung den ihr sonst fehlenden Rechtsgrund hinzu, ohne den sie gem. § 812, I, 1 BGB kondiziert werden könnte. Wenn eine Leistung daher auf Grund einer bereits bestehenden Verpflichtung erbracht werde, könne logischer Weise eine solche freiwillige Abrede über den Rechtsgrund nicht mehr getroffen werden.

Die gewonnene Erkenntnis auf den als Beispiel gewählten Sachverhalt übertragen legt daher die Schlußfolgerung nahe, in der Zahlung der Bewährungsauflage durch C sei in keinem Fall eine Handschenkung an den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren zu sehen.

---

1) Die Erfüllung der Bewährungsauflagen als solche ist zwar nicht unmittelbar erzwingbar, die bei Nichterfüllung gegebene Möglichkeit des Widerrufs der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 25, II Ziff. 3 StGB) dürfte einer solchen unmittelbaren Erzwingbarkeit wirkungsmäßig aber gleichzuachten sein (ebenso: Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz S. 138; a.A.: Jagusch in LK § 25 Anm. 3)
2) Ballerstedt in Soergel-Siebert § 516 Anm. 12; Ostler in Staudinger § 516 Anm. 12
3) Enneccerus-Lehmann § 120, II, 3, a; Ostler in Staudinger § 516 Anm. 12; Böhle-Stamschräder in Erman § 516 Anm. 6; Larenz § 43, I
4) a.a.O.
5) Ballerstedt in Soergel-Siebert § 516 Anm. 6; Ostler in Staudinger § 516 Anm. 16; Böhle-Stamschräder in Erman § 516 Anm. 7; RGZ 111/153
6) ähnlich auch Gramm in Palandt § 516 Anm. 5

Diese Schlußfolgerung ist aber nur bedingt richtig und zwar nur für den Fall, daß C ausdrücklich oder doch zumindest für den Zuwendungsempfänger erkennbar in Erfüllung einer Bewährungsauflage leistete. In einem solchen Fall fehlte es nämlich sowohl bei C als auch bei dem Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren an der Absicht, eine "Abrede über den Rechtsgrund" der Leistung des C zu treffen. Diese wäre gem. den obigen Ausführungen aber Voraussetzung für die Bejahung einer Handschenkung.

Unzutreffend erscheint die oben gezogene Schlußfolgerung demgegenüber aber für den Fall, daß C seine Leistung ausdrücklich als Schenkung bzw. als Spende deklarierte. In einem solchen Fall gab C gleichzeitig mit der Bezahlung der 200,-- DM ein Angebot auf Abschluß eines Handschenkungsvertrages ab, da seinem inneren, d.h. von ihm verschwiegenen Willen gem. § 116, 1 BGB keinerlei Bedeutung zukam [1]. Dieses Angebot wurde von dem Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren auch wirksam angenommen, da seine, in der Annahme des Geldes liegende Erklärung vom Standpunkt des C nur als Annahme des Handschenkungsangebotes gedeutet werden konnte.

Die in der Literatur [2] aufgestellte Behauptung, eine Schenkung liege nur dann vor, wenn sich der Rechtsvorgang auf Seiten des Zuwendenden als ein rechtlich freiwilliger Akt darstelle, bedarf daher insofern einer Erweiterung oder zumindest Klarstellung, als auch dann von einer Schenkung gesprochen werden muß, wenn der Zuwendende sie als freiwillige, unentgeltliche Leistung deklariert und der Wirksamkeit seiner Erklärung die §§ 116, 2; 117; 118 BGB nicht entgegenstehen [3]. Da dieses aber bei der zuletzt untersuchten Sachverhaltsgestaltung der Fall ist, bildet hier eine Handschenkung den Rechtsgrund für die Zahlung der 200,-- DM durch C an den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren.

Den Rechtsgrund für die Erfüllung der Bewährungsauflagen in der zunächst untersuchten Sachverhaltsgestaltung kann demgegenüber nur der gem. § 268a StPO ergangene Auflagenbeschluß bilden.

---

1) Hefermehl in Soergel-Siebert § 116 Anm. 1; Danckelmann in Palandt § 116 Anm. 1; Lehmann LB AT § 34, II, 1, a; BGH in NJW 1961/2251 (2253)

2) vgl.

3) ähnlich: Enneccerus-Lehmann § 120, II, 3, a:
"Ein bloßer Beweggrund vermag einer Zuwendung den Charakter der Entgeltlichkeit nicht aufzudrücken."

Nach Feststellung, daß die Zahlung der 200, -- DM in keinem Fall ohne Rechtsgrund erfolgte, ist nunmehr also zu prüfen, welche Wirkung der Freisprechung des C im Wiederaufnahmeverfahren in bezug auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen zukommt.
Hinsichtlich des ersten Sachverhaltes bietet diese Prüfung keine Schwierigkeiten. Durch die Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren wird außer dem Urteil auch der Auflagenbeschluß beseitigt, so daß dem C gegen den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren ein Anspruch gem. § 812, I, 2 BGB zusteht, bei dem allerdings das Risiko besteht, daß sich der Empfänger der Leistung mit Erfolg auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818, III BGB) beruft.

Bei dem zweiten Sachverhalt könnte dem C gegen den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren demgegenüber nur dann ein Anspruch aus § 812, I, 2 BGB zustehen, wenn durch die Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren der Handschenkungsvertrag beseitigt würde. Dieses wäre u.a. dann der Fall, wenn der Bestand des Strafurteils zur Bedingung für die Wirksamkeit des Schenkungsvertrages gemacht worden wäre. Die Offenkundigkeit einer solchen Verknüpfung von Strafurteil und Zahlung der 200, -- DM war von C aber gerade nicht gewollt. Da aus dem gleichen Grunde auch die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage [1] nicht vorliegen, bleibt der Schenkungsvertrag von der Beseitigung des Strafurteils im Wiederaufnahmeverfahren unberührt. Dem C steht gegen den Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren bei dieser Sachverhaltsgestaltung daher kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812, I, 2 BGB) zu.

Dieses Ergebnis erscheint auch gerechtfertigt. Es sind nämlich stets private Interessen, die es dem Verurteilten ratsam erscheinen lassen, die Erfüllung der Bewährungsauflage als Spende zu deklarieren. In der Mehrzahl der Fälle wird es das Bestreben sein, gegenüber dem Empfänger der Auflage nicht als Bestrafter in Erscheinung treten zu müssen. Denkbar ist aber auch, daß der

---

1) Zu Einzelheiten über die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vgl. Lehmann LB AT § 35, A, VII

Verurteilte sich hierdurch die strafbare [1] Möglichkeit schaffen will, die Bewährungsauflage unter der Bezeichnung "Spende" steuerlich absetzen zu können. Wenn es aber allein auf dem Bestreben des Verurteilten, sich Vorteile zu verschaffen, beruht, daß ihm trotz seiner Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren die Rückforderungsmöglichkeit hinsichtlich der geleisteten Bewährungsauflagen genommen ist, so erscheint es nicht unbillig, den Freigesprochenen dieses Risiko seines Handelns tragen zu lassen.

3. Kapitel

Das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Rückerstattung von Bewährungsleistungen aus der Staatskasse und einer Bereicherungsforderung gegen den Empfänger einer Leistung, die auf Grund einer Bewährungsauflage erbracht worden war.

Aus den auf S. 80/81 dargestellten Gründen steht dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen auf Grund der Erfüllung der ihm im aufgehobenen Urteil auferlegten Bewährungsleistungen in analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes ein Anspruch gegen die Staatskasse zu, wenn im Wiederaufnahmeverfahren seine Unschuld bezüglich der ihm zur Last gelegten Tat nachgewiesen oder zumindest dargetan werden konnte, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt. [2]
Die Untersuchungen auf S. 81 ff zeigten, unter welchen Voraussetzungen der im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochene einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger einer Bewährungsleistung geltendmachen kann.

Zu klären bleibt, in welchem Verhältnis diese Ansprüche des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen bei ihrem Zusammentreffen zu einander stehen. Naheliegend erscheint eine analoge Anwendung des § 3, II EntschG, der bestimmt:

---

1) Die Strafbarkeit dieses Verhaltens ergibt sich daraus, daß die Zahlungen auf Grund von Bewährungsauflagen ebensowenig steuerlich absetzungsfähig sind wie z. B. die Zahlungen auf Grund von Geldstrafen (BFH in NJW 1963/127) oder Strafverteidigerkosten (Ausnahme: Strafverteidigerkosten bei Freisprechung mangels Beweises von einer Tat, die nur aus der betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit heraus erklärbar ist (BFH in NJW 1961/383 f).
2) Ausnahmen § 1, IV und V EntschG analog

"Bis zum Betrag der geleisteten Entschädigung tritt die Kasse in die Rechte ein, welche dem Entschädigten gegen Dritte um deswillen zustehen, weil durch deren rechtswidrige Handlungen seine Verurteilung herbeigeführt war."

Gedacht wurde vom Gesetzgeber bei Schaffung dieser Vorschrift an zivilrechtliche Ansprüche des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen z.B. aus § 823, II oder § 826 BGB.[1] Neben einer analogen Anwendung des § 1, I EntschG auf erfüllte Bewährungsleistungen stehen jedoch wie die vorliegende Untersuchung ergab, Ansprüche aus § 812 BGB und damit Ansprüche, die keine rechtswidrige Handlung des Inanspruchgenommenen voraussetzen.

Dieser Unterschied verhindert jedoch nicht die analoge Anwendung des §3, II EntschG auf erfüllte Bewährungsleistungen, da er sich nicht auf "juristisch relevante Stücke"[2] erstreckt. Als solche sind im § 3, II EntschG anzusehen.

1. die cessio legis zugunsten der Staatskasse und
2. die damit ausgesprochene Verpflichtung des Staates, auch dann eine Entschädigung zahlen zu müssen, wenn dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen ein Anspruch gegen einen Dritten zusteht.

Nicht hierher gehört demgegenüber die genaue Umschreibung, welcher Art der Anspruch des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gegen Dritte ist. Diese Umschreibung wurde nicht vom Sinn des Entschädigungsgesetzes geprägt, sondern allein von dem Umstand, daß der Gesetzgeber bei der Fassung des letzten Halbsatzes des § 3, II EntschG mit Recht davon ausging, daß eine zu Unrecht erfolgte Verurteilung durch einen Dritten nur durch rechtswidrige Handlungen herbeigeführt worden sein kann. Der § 3, II EntschG ist in seiner Formulierung somit vom § 1 EntschG abhängig. Wird daher § 1, I EntschG im Wege analoger Anwendung auf erfüllte Bewährungsleistungen ausgedehnt, so folgt hieraus die Notwendigkeit, auch § 3, II EntschG den dadurch geschaffenen Gegebenheiten entsprechend zu interpretieren.

Dieses bedeutet:

1. Dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen steht auch dann ein Anspruch in analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes zu, wenn ihm

---

1) Schwarz-Kleinknecht § 3 Anm2 EntschG
2) v. Thur AT Bd. I Einl. VIII; Roediger S. 22

§ 812 BGB gleichzeitig einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger einer Bewährungsleistung gibt.

2. Der Anspruch des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gegen den Empfänger der Bewährungsleistung geht kraft Gesetzes bis zur Höhe der geleisteten Entschädigung auf die Staatskasse über.

Überträgt man abschließend zur Verdeutlichung die in der vorliegenden Untersuchung gefundenen Grundsätze auf die auf S. 82 gewählten Beispiele, so führt dieses - wenn man unterstellt, daß nach Erfüllung der Bewährungsauflagen sämtliche Verurteilte in Wiederaufnahmeverfahren wegen erwiesener Unschuld freigesprochen werden - zu folgenden Ergebnissen:

1. Bewirkte in den Fällen a und b die Erfüllung der Bewährungsauflage gleichzeitig die Befriedigung eines zivilrechtlichen Anspruchs, so entsteht mangels eines Vermögensschadens kein Anspruch aus analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes.

Erfolgte demgegenüber die Erfüllung der Bewährungsauflage, ohne daß der als Bezugspunkt gewählte zivilrechtliche Anspruch bestand, so ist wie auf S. 86 f zu unterscheiden, ob die mit der Bewährungsauflage ausgesprochene Verpflichtung bereits in einem Zivilurteil anerkannt worden war oder nicht. Nur in dem letzten Fall gewährt das Entscheidungsgesetz in analoger Anwendung der §§ 1 I und 2 I einen Entschädigungsanspruch, während ein Zivilurteil ebenso wie den Anspruch gegen den Empfänger der Bewährungsleistung auch einen solchen aus analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes verhindert. Dieses beruht hinsichtlich des Entschädigungsanspruches darauf, daß der im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochene, solange das Zivilurteil existent ist, d.h. nicht im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 578 ff ZPO) beseitigt wurde, durch die Erfüllung der Bewährungsauflage keinen Vermögensschaden erleidet, da er von einer Leistung, zu der er auf Grund des Zivilurteils verpflichtet war, frei wurde.

2. Auch hinsichtlich der auf S. 82 dargestellten Fälle c und d ist an dieser Stelle die gleiche Unterteilung vorzunehmen, wie sie sich bei der Prüfung der Ansprüche gegen den Empfänger der Auflage als erforderlich erwies. Ebenso wie dort bietet auch hier der Sachverhalt keine Schwierigkeiten, bei welchem der Verurteilte die ihm gemachten Bewährungsauflagen als solche kenntlich erfüllte. In analoger Anwendung der §§ 1 I und 2 I EntschG steht ihm

in diesem Fall ein Entschädigungsanspruch gegen die Staatskasse zu. Das Verhältnis dieses Anspruches zu dem auf S. 88 f festgestellten, gegen den Empfänger der Auflage gerichteten Anspruches ergibt eine analoge Anwendung des § 3, II EntschG.

Schwieriger wird demgegenüber auch hier die Beantwortung der Frage, ob aus analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes Ansprüche gegen die Staatskasse erwachsen, falls die Bewährungsleistung vom Verurteilten als Spende erbracht und als solche vom Empfänger angenommen wurde. Berücksichtigt man aber, daß aus den auf S. 90 ff dargestellten Gründen hierdurch ein wirksamer Handschenkungsvertrag zwischen dem Verurteilten und dem Auflagenempfänger zustandekam, so ist damit die Lösung vorgezeichnet. Eine auf Grund eines wirksamen Handschenkungsvertrages erbrachte Leistung bewirkt nämlich keinen erstattungsfähigen Vermögensschaden i. S. des § 2, I EntschG, da eine solche Vermögensminderung Wesensvoraussetzung einer Schenkung ist. Eine aus irgendwelchen Gründen gerechtfertigte Vermögensminderung kann nicht von einer anderen Blickrichtung aus als erstattungspflichtiger, d. h. zu Unrecht herbeigeführter Vermögensschaden angesehen werden.

3. Überträgt man abschließend die o. a., aus analoger Anwendung des Entschädigungsgesetzes gewonnenen Grundsätze auf diejenige Fallgruppe, zu der die auf S. 82 dargestellten Fälle e und f gehören, so ergeben sich dabei höchstens insofern Zweifelsfragen, als es um die Ermittlung des Begriffes "Vermögensschaden" i. S. des § 2, I geht. Diese Zweifelsfragen lassen sich aber dadurch lösen, daß bei der Feststellung des "entstandenen Vermögensschadens" auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze [1] zurückgegriffen werden kann [2].

Der Begriff "Vermögensschaden" findet sich im BGB zwar nur im § 253 und auch dort nur in der Verbindung "Schaden, der nicht Vermögensschaden ist", es läßt sich hieraus aber eindeutig erkennen, daß der sogenannte immaterielle Schaden [3] den Gegensatz zum Vermögensschaden bildet und daher gem. dem

---

1) §§ 249 ff BGB
2) Burlage § 2 Anm. 9 EntschG i. Verb. m. § 3 Anm. 4 UhaftEntschG
3) vgl. z. B. §§ 847, 1300 BGB

Entschädigungsgesetz nicht zu ersetzen ist [1].

E [2] könnte also, falls man in dem durch die Bewährungsauflage bewirkten Verzicht auf alkoholische Getränke einen immateriellen Schaden zu erkennen glaubt, dennoch keine Entschädigung aus analoger Anwendung des Gesetzes vom 20. Mai 1898 verlangen. Im Gegensatz hierzu besteht grundsätzlich [3] ein solcher Anspruch für F [4]. Ein entschädigungspflichtiger Vermögensschaden entstand für ihn einmal in Höhe der Kosten, die er zur Erfüllung der ihm zur Auflage gemachten Entziehungskur aufwenden mußte; denn insofern besteht zu seinem Nachteil eine Differenz zwischen der gegenwärtigen Rechtsgüterlage und der Lage, welche ohne das "schädigende Ereignis", d.h. in diesem Zusammenhang ohne die Auferlegung der Bewährungsauflage gegeben sein würde [5]. Eine entschädigungspflichtige Differenz entstand ferner durch den entgangenen Gewinn bzw. Verdienst während der Zeit der Entziehungskur [6].

Da Bewährungsleistungen somit zu einem Gewinn- bzw. Verdienstausfall führen können, erlangt insofern auch der § 2, II EntschG Bedeutung, d.h. in entsprechender Anwendung dieser Bestimmung stehen den Unterhaltsberechtigten des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen Ansprüche gegen die Staatskasse zu, soweit ihnen durch die Erfüllung der Bewährungsauflage der Unterhalt entzogen wurde.

---

1) Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung zeigt auch die Tatsache, daß eine Erweiterung der Entschädigungspflicht im UhaftEntschG auf immaterielle Schäden vom Reichstag abgelehnt wurde (Burlage § 3 Anm. 4 UhaftEntschG).
2) vgl. S. 82 Fall e
3) Eine Ausnahme könnte sich aus analoger Anwendung des § 1, II, 2 EntschG ergeben. Eine solche Anwendung kann damit gerechtfertigt werden, daß diese Problematik nur bei Maßnahmen der Erziehung und Besserung aktuell wird und diese den Maßregeln der Sicherung und Besserung (§ 42 a ff StGB) im gewissen Umfang entsprechen.
4) vgl. S. 82 Fall f
5) Goerke in Erman § 249 Anm. 2
6) vgl. Allg. Vfg. über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft oder Strafvollstreckung vom 15. Dezember 1956 (BAnz Nr. 247 vom 20.12.1956) B, I i. Verb. m. A, VI, die bei analoger Anwendung des EntschG ebenfalls entsprechend herangezogen werden müßte.

4. Kapitel

Vorschläge de lege ferenda

Wenn auch bislang die der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegende Problemstellung die Gerichte nur in wenigen Fällen zu einer Stellungnahme zwang [1], so ist hiermit keineswegs bewiesen, daß diesem Problem so geringe Bedeutung zukommt, daß es auch für die Zukunft überflüssig erscheint, die durch die Erfüllung von Bewährungsauflagen ausgelösten Ansprüche eines im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen gesetzlich zu regeln. Es bedarf keiner großen Phantasie, um sich ausmalen zu können, welche Auswirkungen das Fehlen einer gesetzlichen Regelung des vorliegend untersuchten Problems gehabt hätte, wenn das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vom 3. und 25. Juni 1962 [2] nicht nur die §§ 71 StVZO, 49 StVO, sondern auch den § 21 StVG für verfassungswidrig erklärt hätte. Der Abschluß der Untersuchung soll daher der Erarbeitung von Vorschlägen de lege ferenda gewidmet werden. Hierfür bieten sich auf Grund der nach dem geltenden Recht gefundenen Ergebnisse [3] grundsätzlich zwei Möglichkeiten.

So bestände einmal die Möglichkeit, die zivilrechtlichen Ansprüche des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen durch Ausschalten der im § 818, III BGB geregelten Einrede des Wegfalls der Bereicherung durchsetzbarer zu gestalten, zum anderen wäre eine Erweiterung des Gesetzes betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen auf erfüllte Bewährungsauflagen evtl. ein geeigneter Weg, eine befriedigende gesetzliche Regelung der der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegende Problematik herbeizuführen.

---

1) Auf Grund von Nachfragen beim OLG Hamm/Westf., LG Dortmund, LG Münster/Westf. und AG Hamm konnte festgestellt werden, daß in den letzten Jahren nur das LG Münster gezwungen war, über einen Sachverhalt mit der der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegenden Problematik zu entscheiden. Die 8. Zivilkammer des LG Münster brauchte in diesem Verfahren allerdings nur Stellung zu einem gegen das "Rote Kreuz" als Empfänger der Auflage gerichteten und auf § 812, I, 2 BGB gestützten Anspruch zu nehmen. Ein solcher Anspruch wurde hierbei zwar grundsätzlich bejaht, die Klage hatte aber infolge Wegfalls der Bereicherung (§ 818, III BGB) keinen Erfolg.

2) vgl. Urteil des BVerfG vom 3. 7. 1962 in NJW 1962/1339; Beschlüsse vom 25. 7. 1962 in NJW 1962/1563

3) vgl. Ausführungen auf S. 94 ff

Eine Ausschaltung der im § 818, III BGB enthaltenen Einrede könnte dadurch erreicht werden, daß die Bewährungsleistung nicht mehr unmittelbar dem im Auflagenbeschluß genannten Empfänger, sondern auf Grund einer gesetzlichen Regelung unter Zweckbindung der Gerichtskasse erbracht werden müßte, die sie dann unter dem Vorbehalt einer Aufhebung des Strafurteils im Wiederaufnahmeverfahren an den Empfänger der Auflage weiterzuleiten hätte.
Diese grundsätzlich theoretisch denkbare Lösung stößt aber in ihrer praktischen Verwirklichung auf Schwierigkeiten. So wird es bei einem großen Teil "gemeinnütziger Einrichtungen" üblich sein, die Ausgaben den Einnahmen anzupassen, so daß im Falle eines dem Vorbehalt entsprechenden Freispruchs die Rückzahlung aus den etatmäßigen Mitteln erfolgen müßte, was aber evtl. die Nichtdurchführbarkeit bereits geplanter und im öffentlichen Interesse liegender Maßnahmen bewirken würde.

Zur Vermeidung dieser unerfreulichen Konsequenzen könnte man überlegen, ob es nicht möglich wäre, alle z.B. an das "Rote Kreuz" zu zahlenden Bewährungsauflagen als eine Einheit anzusehen. Dieses hieße auf das auf S. 82 gewählte Beispiel c übertragen, daß die Gerichtskasse zur Rückzahlung der 200,-- DM an C Mittel verwenden könnte, die gerade etwa von X und Y als Bewährungsauflagen zweckgebunden für den "Verein zur Bekämpfung von Suchtgefahren" überwiesen wurden.
Mit der Behebung des einen Problems taucht aber ein neues auf. Dieses ergibt sich daraus, daß es doch mehr oder minder dem Zufall überlassen bleibt, ob eine solche Verrechnung durchführbar ist. Zwar besteht die Möglichkeit, durch Schaffung einer zentralen Einzahlungsstelle, z.B. bei dem jeweils zuständigen Oberlandesgericht, die Chance hierfür zu erhöhen, ohne daß hierdurch aber die Abhängigkeit vom Zufall ganz ausgeschaltet werden kann. Bei der Vielzahl der "gemeinnützigen Einrichtungen" ist es gut denkbar, daß an einige von ihnen nur in ganz seltenen Ausnahmefällen Bewährungsleistungen erbracht werden, so daß praktisch eine Verrechnungsmöglichkeit niemals vorhanden ist [1]. Selbst

1) Durch eine Nachfrage beim AG Hamm/Westf. konnte festgestellt werden, daß den dortigen Strafrichtern bei der Bestimmung des Empfängers einer Bewährungsauflage die Auswahl zwischen 34 "gemeinnützigen Einrichtungen" möglich ist. Zu diesen gemeinnützigen Einrichtungen gehören z.B. die "Josefs-Gesellschaft für Krüppelfürsorge e.V., Köln-Deutz", die "Straffälligenhilfe für Nichtdeutsche e.V." und der "Bundesbahnwaisenhort, Essen".

wenn man sich aber über dieses Bedenken hinwegsetzen wollte, so könnte die Einschaltung der Gerichtskasse bei der Erfüllung der Bewährungsauflagen dennoch nicht befürwortet werden. Auch diese Einschaltung brächte nicht die de lege ferenda angestrebte umfassende gesetzliche Lösung der im Rahmen der vorliegenden Arbeit untersuchten Problematik. Nur ein Teil der Bewährungsauflagen könnte durch Vermittlung der Gerichtskasse erfüllt werden [1], während es bei den übrigen [2] bei der auf S. 94 ff dargestellten Lösung bliebe. Eine umfassende gesetzliche Beantwortung der mit der vorliegenden Arbeit untersuchten Frage kann daher nur eine gesetzgeberische Erweiterung des Gesetzes betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 bringen und zwar in einer Art, wie sie für Maßregeln der Sicherung und Besserung im Jahre 1933 [3] erfolgte. Der zu diesem Zweck hinter § 1, II neueinzufügende Abs. 3 könnte dabei folgenden Wortlaut erhalten:

"Wird im Wiederaufnahmeverfahren eine vom Gericht angeordnete Bewährungsauflage, nachdem sie ganz oder teilweise erfüllt worden ist, aufgehoben, so kann der Verurteilte eine Entschädigung aus der Staatskasse verlangen, wenn das Verfahren seine Unschuld bezüglich der ihm zur Last gelegten Tat ergeben oder zumindest dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt."

Im Zusammenhang mit dieser Erweiterung des § 1 wäre auch eine Neufassung des § 3, II erforderlich, um das Verhältnis zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch und den Ansprüchen gegen die Empfänger der Bewährungsleistung klarzustellen. § 3, II könnte zu diesem Zweck in folgender Form neugefaßt werden:

"Bis zum Betrag der geleisteten Entschädigung tritt die gem. Abs. 1 verpflichtete Kasse in alle Vermögensrechte ein, welche dem Entschädigten gegen Dritte auf Grund seiner Freisprechung zustehen."

---

1) so z. B. die gem. § 24, I Ziff. 1, 4 und 5 StGB möglichen Bewährungsauflagen
2) vgl. § 24, I Ziff. 2, 3 und 6 StGB
3) vgl. Art. 5 Ziff. 1 des Gesetzes vom 24. November 1933 (RGBl I S. 1000 (1005))

Lebenslauf

Am 3. August 1936 wurde ich als Sohn des Bundesbahnbeamten Heinrich Nordhaus und dessen Ehefrau Klara, geborene Ellering in Hamm/Westf. geboren.

Von Herbst 1942 bis Ostern 1947 besuchte ich die Volksschule und anschließend das Städt. mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium in Hamm/Westf., wo ich am 28. Februar 1956 die Reifeprüfung ablegte. Nach einem rechtswissenschaftlichen Studium von sieben Semestern an den Universitäten Münster/Westf. und Freiburg/Breisgau habe ich am 1. März 1960 die erste und am 16. Februar 1965 die zweite juristische Staatsprüfung bestanden.

Seit dem 1. April 1965 stehe ich als Bundesbahnassessor im Dienst der Deutschen Bundesbahn.